

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

LA FORMATION DU MARIAGE

DANS LE

DROIT DES ÉTATS-UNIS

ESSAI DE SYNTHÈSE DU DROIT DES ÉTATS PARTICULIERS
ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 6 Décembre 1934, à 14 heures

PAR

W. J. BROCKELBANK

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

<i>Suffragants</i> {	M. ROUAST	} <i>Professeurs</i>
	M. NIBOYET	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1934

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA FORMATION DU MARIAGE

DANS LE

DROIT DES ÉTATS-UNIS

ESSAI DE SYNTHÈSE DU DROIT DES ÉTATS PARTICULIERS
ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 6 Décembre 1934, à 14 heures

PAR

W. J. BROCKELBANK

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

<i>Suffragants</i>	{	M. ROUAST	}	<i>Professeurs</i>
		M. NIBOYET		

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14. rue Soufflot et rue Toullier, 13

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MEMOIRE
DE
MES PARENTS

PLAN DE L'OUVRAGE

INTRODUCTION, p. 11.

PREMIERE PARTIE. — LE MARIAGE. — INSTITUTION SOCIALE, p. 27.

Définition et Généralités, p. 27.

CHAPITRE PREMIER. — La conception du mariage pendant la période coloniale, p. 31.

CHAPITRE II. — Evolution de la conception du mariage depuis l'Indépendance américaine jusqu'aux temps modernes, p. 46.

CHAPITRE III. — Le mariage aux temps modernes, p. 62.

DEUXIEME PARTIE. — LES FIANÇAILLES, p. 115.

CHAPITRE PREMIER. — Les fiançailles. — Institution sociale, p. 116.

CHAPITRE II. — Les fiançailles. — Institution juridique, p. 128.

CHAPITRE III. — Appréciation du système américain des fiançailles, p. 155.

TROISIEME PARTIE. — LE MARIAGE. — INSTITUTION JURIDIQUE, p. 165.

Introduction, p. 166.

CHAPITRE PREMIER. — Cadre dans lequel se meut le mariage. — Institution juridique, p. 166.

CHAPITRE II. — La nature juridique du mariage, p. 184.

TITRE PREMIER. — *Conditions d'existence du mariage*, p. 193.

CHAPITRE PREMIER. — Empêchements absolus, p. 193

CHAPITRE II. — Empêchements relatifs, p. 215.

CHAPITRE III. — Consentement des époux, p. 229.

CHAPITRE IV. — Consentement des parents, p. 241.

TITRE DEUXIEME. — *La célébration du mariage*, p. 247.

CHAPITRE PREMIER. — Le mariage-contrat dit de « Common Law », p. 247.

CHAPITRE II. — Le mariage cérémonial. — Législation, p. 269.

TITRE TROISIEME. — *Sanctions*, p. 289.

CHAPITRE UNIQUE. — Sanctions, p. 289.

QUATRIÈME PARTIE. — CONFLIT DES LOIS, p. 311.

CHAPITRE PREMIER. — Questions préliminaires,
p. 313.

CHAPITRE II. — Domicile, p. 336.

CHAPITRE III. — Conflits de compétence législative, p. 354.

CHAPITRE IV. — Conflits de compétence juridictionnelle, p. 407.

CHAPITRE V. — Critique, p. 429.

CONCLUSION, p. 443.

TABLE DES « CASES » CITÉS, p. 457.

BIBLIOGRAPHIE, p. 461.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES, p. 469.

Explication des Abréviations

NOTA. — Nous avons conservé comme la plus simple la méthode américaine de citer la jurisprudence. Selon cette méthode chaque référence comporte les noms des parties, le numéro du volume de la série, le titre du recueil et enfin la page. Un exemple la fera comprendre aisément. La citation « Smith c. Brown, 243 U. S. 278 » signifie « Smith (demandeur) contre Brown (défendeur) arrêt qui se trouvera dans le volume 243 des United States Reports à la page 278 ».

A. C.	Law Reports ; Appeal Cases (après 1891 Angleterre).
Ala.	Alabama Reports.
A. L. R.	American Law Reports Annotated.
Am. Bar Assoc. Jour.	American Bar Association Journal.
Am. Bar Assoc. Rep.	American Bar Association Reports.
Am. Dec.	American Decisions.
Am. Jour. of Soc....	American Journal of Sociology.
Am. Rep.	American Reports.
Ann.	Annotated.
Ann. cas.	Annotated Cases.
App.	Appellate.
Art.	Article.
Atl.	Atlantic Reporter.
c.	Chapitre.
c.	Contre.
Cal.	California Reports.
Cal. App.	California Appellate Court Reports.
Cal. L. R.	California Law Review.

Car.	Charles.
Carter	Carter Common Pleas (Angleterre).
C. B.	Common Bench.
C. B.	Common Bench Reports (Angleterre).
Civ. Cod. S. D.....	Civil Code of South Dakota.
C. J.	Corpus Juris.
Clunet	Journal de Droit International Privé.
Col. L. R.	Columbia Law Review.
Colo.	Colorado Reports.
Comp. St.	Compiled Statutes.
D.	Dalloz.
D'Anvers Abr.	D'Anvers Abridgement.
Div.	Division.
D. L. R.	Dominion Law Reports (Canada).
El. and Bl.....	Ellis and Blackburn Queen's Bench (Angleterre)
Eng. Rul. Cas.....	English Ruling Cases.
Fed.	Federal Reporter.
Fed. Cas.	Federal Cases.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gen.	General.
H. and McH.	Harris and McHenry Reports (Maryland).
Hagg. Consis. Rep....	Haggart Consistory Reports (Angleterre).
Hil.	Hilary.
H. L. R.	Harvard Law Review.
Hopk. Ch.	Hopkins' Chancery Reports (New-York).
Hun	Hun Reports (New-York).
Ill.	Illinois Reports.
Ind. App.	Indiana Appellate Court Reports.
Iowa	Iowa Reports.
Jac.	James.
Johns. Ch.	Johnsons' Chancery Reports (New-York).
K. B.	Law Reports, King's Bench (Angleterre).
K. B. D.	King's Bench Division.
Ky.	Kentucky Reports.
La.	Louisiana Reports.
Laws N. Y.	Laws of New York.
Lev.	Levinz, King's Bench (Angleterre).
L. R. A.	Lawyers Reports Annotated.
L. R. A. N. S.....	Lawyers Reports Annotated New Series.
L. T.	Law Times (Pensylvanie).

L. T. R.	Law Times Reports (Angleterre).
Mass.	Massachusetts Reports.
Md.	Maryland Reports.
Me.	Maine Reports.
Me. Rev. Stat.	Maine Revised Statutes.
Meriv.	Merivale Chancery Reports (Angleterre).
Metc.	Metcalf Reports (Massachusetts).
Mich.	Michigan Reports.
Mich. L. R.	Michigan Law Review.
Minn. L. R.	Minnesota Law Review.
Misc. Rep.	Miscellaneous Reports (New-York).
Miss.	Mississippi Reports.
N. C.	North Carolina Reports.
N. E.	Northeastern Reporter.
N. H.	New Hampshire Reports.
N. J. Eq.	New Jersey Equity Reports.
No. Car.	North Carolina Reports
N. W.	Northwestern Reporter.
N. Y.	New York Reports.
N. Y. L. J.	New York Law Journal.
N. Y. Misc.	Miscellaneous Reports (New-York).
N. Y. Supp.	New York Supplement.
Ohio App.	Ohio Appellate Reports.
Okla.	Oklahoma Reports.
Oreg.	Oregon Reports.
Pac.	Pacific Reporter.
Pa. Dist.	Pennsylvania District Reports.
Peters	Peters Reports (United States).
Pro. Div.	Law Reports, Probate Division (Angleterre).
R. C. L.	Ruling Case Law.
Rd. I.	Rhode Island Reports.
Rev. Crit. de Légis. et de Juris.....	Revue Critique de Législation et de Jurispru- dence.
Rev. de Dr. Int. Pr...	Revue de Droit International Privé.
Revue de D. I. P....	Revue de Droit International Privé.
Rev. Trim. Droit Civil	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.	Sirey.
Salk.	Salkeld Reports King's Bench (Angleterre).
S. C.	South Carolina Reports.
Sec.	Section.

So.	Southern Reporter.
Stat.	Statutes.
Strange	Strange Reports King's Bench (Angleterre).
S. W.	Southwestern Reporter.
Tenn.	Tennessee Reports.
Tex. Civ. App.	Texas Civil Appeals Reports.
Tex. Rev. Civ. Code.	Texas Revised Civil Code.
U. of Pa. L. R.	University of Pennsylvania Law Review.
U. S.	United States Reports.
U. S. C. A.....	United States Code Annotated.
Va.	Virginia Reports.
Va. L. Reg. (N. S.)..	Virginia Law Register (new series).
Vt.	Vermont Reports.
Wall.	Wallace Reports (Cour Suprême des Etats-Unis).
Wash.	Washington Reports.
Wash. Comp. Stat....	Washington Compiled Statutes.
Wis.	Wisconsin Reports.
Yale L. J.	Yale Law Journal.

INTRODUCTION

Le sujet, p. 11 ; — *Sa limitation*, p. 12 ; — *Intérêt du sujet*, p. 17 ; — *Difficulté d'une étude de droit américain*, p. 18 ; — *Nécessité d'une étude comparative*, p. 21 ; — *Difficulté d'une étude comparative*, p. 22 ; — *Plan*, p. 24.

« Il est prodigieux de penser à quel point la masse « des deux peuples s'ignore ». Ces mots, que l'illustre professeur Paul Hazard a prononcés dès son retour en France expriment l'opinion profonde qu'ont presque tous ceux qui connaissent à fond les Français et les Américains ; d'ailleurs connaissance mutuelle n'entraîne pas forcément compréhension. M. Tardieu, qui s'est occupé pendant la guerre des relations franco-américaines, a été frappé de l'incompréhension croissante entre les deux peuples au moment même où l'Amérique s'abandonnait à son plus grand élan d'enthousiaste sympathie envers la France. Depuis cette époque l'Amérique s'est repliée sur elle-même. D'après M. Firmin Roz, d'autre part, les Français ont tant de peine à comprendre les États-Unis, parce qu'ils se contentent de « notions trop imprécises sur « son passé, de vues trop sommaires sur son évolution, « de données trop vagues sur ses idées et ses sentiments « d'aujourd'hui » (1). On connaît le mot de Kipling par-

(1) *L'Evolution des Idées et des Mœurs Américaines*, Paris, Flammarion, 1931, p. 5.

lant des Indes Anglaises : « L'Orient est l'Orient, l'Occident est l'Occident, et jamais les deux ne se rencontreront. » Il aurait pu l'appliquer à la situation réciproque de la France et de l'Amérique d'aujourd'hui.

Notre but, en entreprenant ce travail, a été d'entr'ouvrir une porte dans le mur qui sépare ainsi la France de l'Amérique.

Parmi les différents domaines du droit américain, nous avons choisi le mariage pour deux raisons : parce que d'abord, pour comprendre le peuple américain, un des premiers pas à faire est d'étudier cette institution qui est à la base même du corps social, et qui plus qu'aucune autre dépend des mœurs. Puis, le mariage est, de tous les sujets de la technique juridique américaine, un des plus faciles à aborder par le juriste français. Il trouvera dans cette étude un certain nombre de doctrines qui ont leur origine dans le droit canonique et qui, par conséquent, lui sont familières.

Nous traiterons cette matière du double point de vue, social et juridique. L'union de ces deux aspects du sujet est nécessaire pour bien comprendre l'un ou l'autre. La valeur d'un corps de règles juridiques est en fonction du milieu auquel on l'applique. Donc pour comprendre le droit américain sur le mariage il est indispensable de faire, au préalable, une étude de ce milieu.

★
★ ★

Nous ne prétendons pas étudier le mariage dans toute son étendue. En premier lieu nous laisserons de côté les aspects historiques et préhistoriques — les hypothèses que les historiens et les sociologues ont formulées

pour expliquer l'origine du mariage dans la société (1). L'étude de ce domaine, terrain de tant de controverses, fournit bien moins d'éclaircissements sur le mariage actuel qu'une étude des temps plus récents où on a à sa portée des renseignements précis. Si nous remontons le courant des siècles, ce sera pour trouver le droit canonique comme seul domaine commun au mariage de droit français et de droit américain.

Nous écarterons également de notre étude les effets du mariage, nous réservant d'en parler incidemment, car nous ne croyons pas que le droit et la coutume aient, en cette matière, beaucoup influencé l'institution du mariage proprement dite, telle qu'elle se présente aujourd'hui. D'ailleurs ces effets sont moins nombreux et moins importants en droit américain qu'en droit français. On pourra vite en juger.

En ce qui concerne les effets du mariage entre les époux il existe bien les devoirs réciproques de cohabitation et de fidélité, mais du point de vue juridique, ils ont peu d'effet. Si la femme y manque, le droit américain ne connaît ni la coercition, *manu militari*, ni les astreintes pour la contraindre à les respecter. La répression pénale de l'adultère est notoirement inefficace pour assurer le maintien de l'intégrité du ménage ; les trois actions *ex delicto* en commerce sexuel illicite (*for criminal conversation*), en détournement d'affections (*for alienation of affections*) et en perte de services (*for loss of services*) ouvertes au mari le sont presque autant. Le mari peut refuser des secours à la femme, mais celle-ci

(1) Pour ces aspects du sujet, voir les ouvrages des auteurs suivants : Chenon, Durkheim, Giraud-Teulon, MacLennan, Malinowski, Morgan, Sahuqué, Westermarck et Westrup.

a toujours sa propre fortune qu'elle gère indépendamment de lui, et surtout aux Etats-Unis une femme seule trouve facilement à gagner sa vie. Si c'est le mari qui manque à ces devoirs, les moyens offerts à la femme sont encore plus restreints (1). Dans un cas comme dans l'autre il n'existe guère d'autres sanctions que le divorce ou la séparation de corps.

Le devoir de secours incombe au mari seul et l'action pour l'y contraindre représente le dernier espoir d'un foyer déjà brisé. Sa contre-partie, le devoir d'assistance, ne connaît comme tribunal que le for intérieur. La puissance maritale enfin, toujours plus atténuée en Amérique qu'en France, est aujourd'hui en train de disparaître.

En conséquence, ces effets du mariage faute de sanctions efficaces, ont une importance pratique relativement minime ; aussi ne nous y attarderons-nous pas.

Les effets du mariage à l'égard des tiers nous conduiraient à traiter toute la matière de l'état des personnes. Ce sont les questions de parenté, d'alliance, de filiation, de puissance paternelle. Ce n'est pas là que nous trouverons l'objet qui nous intéresse. S'il existe en Amérique une crise du mariage, ce que l'on peut constater par la grande fréquence des divorces, la faute en est beaucoup plus, à notre avis, aux principes juridiques ou coutumiers qui président à la formation du lien conjugal plutôt qu'à la réglementation des effets secondaires du mariage.

Le mariage a peu d'effets quant aux biens et les mœurs sont encore venues restreindre l'importance de

(1) On lui refuse l'action en perte de services, et seulement quelques Etats lui accordent l'action *ex delicto* en commerce sexuel illicite,

ces effets. D'abord il n'y a guère en Amérique à proprement parler de régime matrimonial (1), tout au moins dans le sens qu'a cette expression en droit français, car les effets pécuniaires du mariage, découlant de la loi, sont toujours les mêmes pour tous dans un Etat donné. Evidemment les époux peuvent faire un contrat avant leur mariage pour changer ces effets, mais un autre contrat après le mariage peut changer le premier. Ces contrats ne sont pas en général opposables aux tiers, comme le sont les régimes matrimoniaux en France et, en fait, les contrats de mariage sont rares en Amérique. Le mariage, à part quelques rares exceptions, n'a aucun effet sur les meubles ; la femme mariée conserve la propriété et l'administration de ses meubles, et à la différence de la femme française séparée de biens, la femme américaine est entièrement libre d'en disposer (2).

Quant aux immeubles, le droit de douaire (3), droit viager de la veuve à la moitié ou à un tiers (suivant la législation des divers Etats) des immeubles dont le mari a été propriétaire pendant la durée du mariage, subsiste

(1) Exceptionnellement dans 8 des 48 Etats il existe un régime matrimonial qui ressemble, à beaucoup d'égards, au régime de la communauté en France. Ces Etats sont : Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nouveau-Mexique, Nevada, Texas et Washington. *Kirkwood, Equality of Property Interests between Husband and Wife*, 8 Minn. L. R. 579, 1924.

(2) Ceci montre que sur un point essentiel le régime matrimonial des époux américains n'est pas celui de la séparation des biens, comme le dit Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11^e édition, par Ripert, tome III, p. 7.

(3) Pour une explication intéressante de l'origine du douaire, voir Glason, dans *l'Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre, comparé au Droit et aux Institutions de la France*, tome II, p. 290.

ainsi que le droit de *curtesy* (l'ancien *maritagium*) droit viager réciproque du veuf (1). Mais ces droits n'ont pas l'importance qu'on pourrait croire. D'abord les fortunes américaines, depuis le grand essor de la société anonyme, sont en majeure partie mobilières. Ensuite, les mœurs américaines, souvent plus fortes que le droit, sont venues obliger chacun des époux à donner à l'autre toute liberté de disposition, à l'exclusion du bien de famille (2).

L'incapacité contractuelle de la femme mariée, enfin, qui avait beaucoup d'importance au cours des xvm^e et xix^e siècles, n'existe plus guère aujourd'hui ; en conséquence de l'émancipation progressive de la femme, le législateur lui a donné partout une capacité presque entière. Dans un petit nombre d'Etats demeure encore l'interdiction pour la femme de se porter garante de son mari, interdiction, du reste, que l'on ne peut pas faire remonter à l'incapacité Velléienne du droit romain ni au droit français antérieur au xvi^e siècle, car le droit américain connaît peu et imite encore moins le droit romain. Si la femme reste encore dans quelques Etats incapable de s'obliger pour son mari c'est parce qu'on craint encore que ce dernier n'abuse de son influence.

Pour toutes ces raisons, il ne nous paraît pas souhai-

(1) Glasson considère son origine normande, *ibid.*, t. II, p. 299-304.

(2) Dans la pièce de théâtre *Lightning* qu'on jouait en Amérique vers 1920, le mari (joué par le sympathique acteur Will Rogers) a refusé, à la demande de son épouse, d'aliéner son droit de *curtesy* quant à un bien de famille. Ce refus était justifié et a reçu l'approbation du public. Il en sera de même tant que le public croira que l'exercice de ce droit se justifie du point de vue moral.

table de traiter des effets du mariage. Le mal dont souffre le mariage en Amérique, s'il existe, n'est pas là.

De même nous ne parlerons qu'incidemment du problème du divorce. Ce problème est aussi en dehors de notre sujet ; on le considère souvent comme un mal qu'il faut supprimer ; en réalité on ne s'aperçoit pas qu'il n'est très souvent qu'un remède. Il convient donc avant de l'examiner de chercher à connaître l'institution à laquelle on se propose d'apporter un soulagement (1).

Ainsi limité, notre sujet se restreint à l'étude de la formation du mariage et de l'ensemble des faits sociaux ou juridiques dont celui-ci est le résultat.

★ ★

Cette étude présente un intérêt tout spécial à l'époque où nous vivons. En France, depuis longtemps, mais surtout depuis la guerre, certaines personnes se demandent quelles sont les tendances des mœurs et du droit dans le domaine du mariage. Se dirige-t-on vers l'union libre, ou même vers une promiscuité semblable à celle que l'on

(1) Deux des plus éminents pasteurs américains ont exprimé ce point de vue récemment : « C'est le mariage et non le divorce qui « me tourmente », John Haynes Holmes, *Marriage and Divorce*, The Forum, octobre 1928.

« La seule solution du problème, s'il existe une telle chose est du « côté du mariage », Harry Emerson Fosdick, *What is Happening to the American Family*, *American Magazine*, octobre 1928.

Et le professeur K. N. Llewellyn s'exprime ainsi : « Le problème « du divorce a trop souvent pris pour point de départ l'idée que le « divorce est un mal en soi, comme si c'était là le problème qui « importait, quand en réalité ce qui importe, c'est le problème du « mariage », dans son article *Behind the Law of Divorce*, 33 Col. L. R. 249.

présente souvent comme ayant existé aux premiers temps ? Il est intéressant, étant donné cet état de choses, d'examiner la situation dans une autre république. Le peuple américain est déjà arrivé à une étape où beaucoup craignent de parvenir en France : un divorce sur 6 mariages, la notion chez les fiancés que le mariage est une situation d'essai temporaire, à prolonger plus ou moins longtemps, suivant les résultats qu'il donne, la disparition de la famille, patriarcale, la limitation de l'agrégat domestique au couple, et la vie de plus en plus trépidante des époux souvent séparés, toutes choses qui sapent l'idéal d'une famille solide et stable.

Si c'est vers cet état de choses que l'on se dirige en France peut-être cette étude aidera-t-elle à le mieux connaître d'avance ; elle permettra d'être mieux éclairé sur l'attitude que l'on veut prendre, soit de l'accepter et de l'encourager, soit de le repousser complètement.



Une telle étude du droit américain présente tout un ensemble de difficultés de nature particulière. Les unes s'attachent au caractère complexe du droit américain, les autres aux sources mêmes de ce droit.

Le droit américain est complexe bien au delà de ce qu'on le croit ordinairement en France en raison de la multiplicité des organisations politiques et judiciaires du pays, et par suite d'une nombre d'éléments ethniques, climatiques, religieux et psychologiques qui changent d'Etat à Etat, de milieu à milieu. Il faut tenir compte de ces divers éléments pour comprendre les institutions du peuple américain.

Les sources du droit américain sont essentiellement différentes de celles du droit français. Le droit aux Etats-Unis est en grande partie d'origine jurisprudentielle ; les lois écrites y sont plus rares, moins importantes qu'en Europe, et expriment rarement des principes. L'ensemble des lois américaines est simplement constitué par une série de pièces et de morceaux superposés par le législateur sur les principes qui ont été élaborés par les tribunaux. On ne trouve la plupart de ces principes que dans le vieux droit coutumier venu de l'Angleterre. Découvrir ces principes, dans une jurisprudence répartie dans des milliers de volumes, constitue toute la technique de la corporation fermée des avocats.

A côté du droit anglais de 1776, source primitive d'un droit qui évolua d'une manière différente dans chaque Etat, il existe d'autres droits qui ont influencé le droit américain mais dans une moindre mesure. En Louisiane, dans le Texas, en Floride, la discipline romaine s'est fait sentir grâce aux Français et aux Espagnols. Quoique cette influence soit aujourd'hui à peu près submergée sous l'influence du droit anglais qui a gagné autant de terrain que la langue anglaise elle-même, son existence ajoute cependant à la complexité du sujet.

Nous sommes donc en face d'un droit incertain parce que le droit de chaque Etat a subi une évolution propre, et le tout est encore compliqué par suite de quelques influences extérieures.

S'il en est ainsi on peut se demander pourquoi nous étudions le droit américain en entier, pourquoi nous ne choisissons pas celui d'un seul Etat ? La raison en est que nous y trouverons malgré tout une certaine unité, une certaine similitude entre les Etats, par suite

des courants d'idées érigés ici en loi, là simplement en projet de loi en discussion. C'est, en définitive, partout un même peuple qui pense et qui agit. Si l'on compare l'Amérique à l'Europe, nous pouvons dire que les Etats particuliers sont beaucoup plus semblables les uns aux autres que les pays d'Europe entre eux. L'Etat du Maine ressemble plus à la Californie que la Pologne à l'Espagne. Mais, par ailleurs, si nous comparons l'Amérique à la France, nous pouvons dire que les Etats ont entre eux moins de traits communs que n'en ont par exemple deux provinces comme la Touraine et la Picardie. Les courants de centralisation et de décentralisation sont différents. Les treize colonies primitives qui étaient presque des pays étrangers les uns aux autres, ont formé une fédération dont l'unité est allée en augmentant jusqu'à l'heure présente. Et c'est particulièrement dans le « donné » social selon la terminologie élaborée par M. Géný que l'on peut constater une analogie. Au xx^e siècle surtout, plusieurs événements sont venus contribuer à l'unification du pays : la facilité des communications par rail; par automobile, par air, par T. S. F., qui permet à tout un peuple de recevoir les mêmes programmes, la grande presse, surtout certains périodiques comme le *Saturday Evening Post* qui sont répandus par tout le pays. Il est rare qu'une idée sociale connaisse des frontières. Le droit, au moins dans la matière qui nous occupe, est évidemment affaire de chaque Etat, mais presque tous les Etats ayant puisé leur droit à la même source, il existe un fond commun considérable. Les ouvrages de droit sont rarement écrits pour un seul Etat ; les auteurs américains font ce que nous ferons ici : ils écrivent pour l'ensemble du pays en se conten-

tant de noter quelques particularités lorsqu'elles se présentent.



Il nous semble désirable d'étudier notre sujet du point de vue du droit comparé. Précisons. Les allusions au droit français ne seront faites que pour rappel : notre but est proprement de faire connaître aux Français un droit souvent méconnu et non de leur apprendre le leur. Il est d'ailleurs nécessaire de procéder ainsi parce que le droit américain est tout différent du droit français. Un ouvrage écrit pour les Américains et traduit en français serait à peu près incompréhensible malgré le talent du traducteur. C'est seulement en décrivant le droit américain par rapport au droit français, en faisant ressortir son originalité par les différences qui existent d'Etat à Etat et en employant autant que possible des termes français que l'on peut espérer être compris par un esprit français (1).



(1) Cette manière d'étudier la question est en conformité avec les buts généralement assignés au droit comparé. Ces buts ont été indiqués par M. le professeur Lévy-Ullmann comme suit : un but pratique, le droit comparé est un instrument nécessaire à l'homme d'affaires, au juriste pratique, à l'avocat spécialisé dans les questions de droit étranger et de droit international privé ; une puissante et féconde discipline, du point de vue historique et du point de vue pédagogique ; une étude nécessaire au perfectionnement législatif ; un travail nécessaire pour le rapprochement des peuples en facilitant leur mutuelle intelligence.

Article sur l'Utilité des Etudes comparatives dans la *Revue de Droit* (Québec), 1^{er} mai 1923,

Cette méthode, quoique nécessaire, entraîne quelques difficultés : difficulté de langue d'abord. Elle est déjà importante si l'on considère qu'il y a très peu d'écrits en français sur le droit privé américain. Un vocabulaire précis et scientifique n'existe pas pour rendre intelligible aux Français le droit anglo-saxon. Mais aussi la route foisonne de termes qui se ressemblent, ayant une origine étymologique identique qui cependant n'ont pas du tout la même signification, ou qui tout au moins comportent des sens plus ou moins divergents (1) et encore de « termes qui résistent de toute leur force derrière des tranchées et des fils barbelés aux tentatives de pénétration » (2).

Après tout, cette difficulté tient à ce fait que la plupart des mots du droit américain sont d'origine anglo-saxonne et que ce droit, à la différence du droit français contient relativement peu de mots d'origine latine.

A côté de la difficulté linguistique, il en existe une autre bien plus subtile : les deux peuples ne pensent pas

(1) Ces mots traîtres ont été baptisés des « Faux Amis » dans un livre intéressant, qui contient plusieurs milliers, par Maxime Koessler et Jules Derocquigny, Paris, Vuibert, 1928. Pour n'en citer que quelques-uns dans notre matière, voici des termes juxtaposés qui ne sont pas du tout les équivalents les uns des autres : *Jurisprudence* et jurisprudence ; *notary* et notaire ; *cause* et cause ; *consideration* et considération ; *disposition* et disposition ; *term* et terme ; *tort* et tort ; *legal* et légal.

(2) Lévy-Ullmann, dans un opuscule, *Comment un Français peut-il aborder utilement l'étude du Droit Anglais ou de Droit Anglo-Américain*, Paris, 1919, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 10. L'auteur en donne comme exemples les mots *estate*, *uses*, *trusts*, *writ*.

de la même façon (1). On connaît l'aversion des Anglais pour les formules générales, leur incapacité quasi-incomplète de mettre des liens entre des cas particuliers. Les Américains ont un peu moins cette tournure d'esprit que les Anglais (2), mais ils sont encore loin de la mentalité française où le « construit » tient une place si importante que l'on ne voit qu'à peine, et souvent pas du tout, le « donné » sur lequel il repose.

Une étude comparative se heurte à un autre écueil, à savoir : l'absence de sources historiques communes assez récentes. Dans notre sujet la seule source commune est le droit canon, mais dans les deux pays cette source n'est plus très active. Son influence en France depuis la Révolution est très atténuée, et en Amérique, le droit canon n'est guère connu que par l'intermédiaire du droit anglais.

(1) Ce n'est probablement que la suite naturelle de notre première difficulté.

Voir Delacroix H., *Le Langage et la Pensée*, 2^e édition, Paris, Alcan.

(2) Les Français en constatant que les Anglais sont incapables d'idées générales en déduisent souvent, à tort, que les Américains, en bons Anglo-Saxons, ont la même incapacité. Or, les généralisations sont beaucoup plus accessibles aux Américains qu'aux Anglais. Exemple : comparaison entre Dicey et Beale.

De Dicey, Wigny (Pierre), dans son *Essai sur le Droit International privé Américain*, dit p. 11, « Dicey se défend d'être un théoricien. Il ne croit pas à l'existence de principes *a priori*. S'il est territorialiste, s'il admet la compétence de la *lex loci*, c'est uniquement parce que la jurisprudence anglaise et par conséquent le droit positif, sont dans ce sens ». On ne le dirait pas du tout de Beale. Par exemple, Beale maintient contre la jurisprudence que le domicile de la femme est toujours le domicile de son mari,

Mais la plus grande difficulté d'une étude comparative est la différence essentielle entre la civilisation américaine et la civilisation européenne. Ce n'est pas seulement une différence de technique, un autre procédé appliqué au même ensemble de faits sociaux : c'est le fond même de l'institution qui est différent. Le mariage est conçu autrement dans les deux pays pour des raisons profondes qui tiennent à toute une histoire, et à une mentalité toute différente. Les relations entre les sexes et par conséquent le mariage dépendent directement du fond du caractère. Or, le caractère américain dans cette matière a été influencé par des idées telles que le puritanisme, la religion, la conception de la pudeur et l'hypocrisie qui en résulte, — idées qui n'ont pas eu la même portée en France. La vie rude et difficile dans un pays neuf, suivie d'une vie opulente depuis 50 ans, l'isolement géographique du continent américain et ensuite son isolement moral des pays latins dû à la barrière des langues, sont des éléments, qui ont fortement imprégné le caractère américain, et qui ont réagi sur les mœurs et les conditions de formation du mariage, sans que l'histoire en France nous fasse assister à rien de semblable.



Dans une première partie, nous tracerons l'histoire sociale du mariage en Amérique, en essayant de situer cette institution dans son cadre en rapport intime avec l'état des mœurs. Pour une époque déterminée elle est conditionnée à la fois par l'évolution historique qui l'a précédée et par les éléments géographiques du pays que

l'on considère. En Amérique, plus peut-être que sur le Continent d'Europe, le mariage est la résultante de cette histoire courte et rapide, de cette évolution bondissante des mœurs due en grande partie à la situation exceptionnelle dans le monde de ce territoire neuf, étendu, riche.

Puis, dans une deuxième partie nous étudierons ce prélude de la célébration du mariage que sont les fiançailles.

Ainsi nous arriverons à la troisième partie qui sera consacrée à l'étude du mariage, institution juridique. Nous examinerons alors quelles conditions de fond sont nécessaires pour que les fiancés puissent faire célébrer leur union, et quel cérémonial requiert le mariage pour être reconnu valable.

Enfin une quatrième partie sera consacrée à l'étude du conflit des lois.

PREMIERE PARTIE

Le Mariage. — Institution Sociale

DÉFINITION ET GÉNÉRALITÉS

Qu'est-ce que le mariage ? Nous ne chercherons pas à donner du mariage une définition qui serait vraie, en général, qui pourrait s'appliquer à tous les temps et à tous les lieux. Une telle définition pour être complète devrait inclure un très grand nombre d'éléments. Nous ne faisons pas ici un essai de synthèse de cette étendue.

D'autre part, nous ne croyons pas utile de formuler une définition qui exprimerait notre idéal du mariage qu'il s'agisse de la France ou de l'Amérique. Une méthode souvent employée est de poser comme définition, non ce qui est, mais ce que l'auteur a comme idéal. Puis en soutenant sa définition, l'auteur propose des changements ou des améliorations dans l'institution qu'il a définie, afin de faire conformer ce qui est à ce qui doit être, selon lui. Cette méthode est celle des réformateurs, des prédicateurs. Elle a son utilité. Mais tel n'est pas l'objet de notre étude.

Nous voulons simplement étudier les différents aspects de mariage américain, comme institution sociale et juri-

dique, en les projetant sur le fond des notions courantes de cette même institution en France.

Son état actuel présente un terrain déjà suffisamment vaste et complexe. Comme a bien dit M. Romier : « La
« famille américaine ne se prête pas aisément à une
« étude systématique. Non seulement ici comme ail-
« leurs, les mœurs familiales varient selon le milieu,
« au sens étroit, mais ici les distances, les différences de
« climat, de traditions sociales, de tempérament sont
« telles qu'on ne saurait concevoir des façons de vivre
« uniformes pour une famille créole de la Louisiane,
« pour une famille norvégienne de l'Idaho, pour une
« famille bessarabienne de New-York, sans parler des
« Mexicains du Sud et des Canadiens du Nord, sans
« parler à plus forte raison des familles *de couleur*
« noire, jaune ou rouge... » (1).

Puisqu'il en est ainsi, il serait difficile de rassembler même dans une définition du mariage américain tous les éléments essentiels. Il est donc préférable ici simplement de préciser le sens général de ce mot mariage tel qu'il sera employé par la suite, en laissant les multiples éléments de cette institution, si divergents d'un Etat à un autre, apparaître au fur et à mesure de notre étude. Aussi convient-il de préciser ce sens et du point de vue social et du point de vue juridique. Commençons par l'aspect social.

Nous entendrons par mariage du point de vue social toute union d'un homme et d'une femme que la société suppose en conformité avec les prescriptions de la loi

(1) Romier (Lucien), *Vues sur les Etats-Unis*, II ; Les Mœurs, *Revue des Deux-Mondes* du 15 septembre, 1927, p. 327.

pour un mariage légal. En somme l'union que la société croit conforme à la loi est pour elle un mariage. Il faut bien constater cette différence entre le mariage du point de vue social et le mariage du point de vue juridique, car il existe en Amérique bien des unions qui passent pour mariages légaux et qui ne le sont pas. Notamment la société a souvent des idées fausses, comme nous verrons plus loin, sur le mariage par simple consentement, un vestige du droit canonique antetrentinien existant encore dans certains Etats. Et dans tous les cas, ce qui est considéré comme mariage valable dans un Etat ne l'est pas nécessairement dans un autre ; souvent ce qui était un mariage autrefois ne l'est plus aujourd'hui, et vice versa.

Nous nous sommes proposé de limiter notre étude à la formation du lien conjugal, et de laisser de côté l'état résultant du mariage. Mais du point de vue social, l'acte par lequel l'homme et la femme s'unissent, se dégage moins nettement du *status* que du point de vue juridique. L'acte est en fonction de l'état. Ce qu'on pense de l'un est influencé par ce qu'on pense de l'autre. Ce qu'apportera l'avenir pour le couple une fois uni, leurs projets et leurs conceptions de cet avenir, constituent la raison pour laquelle un homme et une femme se marient. Ainsi nous en parlerons incidemment, mais nous n'irons pas plus loin. Essentiellement nous cherchons simplement comment et pourquoi homme et femme se marient.

Tout est relatif dans ce monde. Toute institution ne prend de valeur et ne peut se comprendre ni se juger qu'à la condition d'être étudiée dans son cadre. Ce qui convient à la France ne s'adapte pas nécessairement aux us et coutumes de l'Amérique. La loi qui peut

s'appliquer ici n'aura aucune raison d'être là. « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà » (1). Toute institution s'explique par des causes multiples auxquelles elle doit son existence. Elle fonctionne par rapport à son milieu.

Ainsi nous est-il nécessaire de décrire au moins dans ses grandes lignes ce milieu social américain, où vit l'institution du mariage. Dans le temps, notre étude comprendra un peu plus de trois siècles pendant lesquels nous aurons à noter bien des changements. Dans l'espace, elle ira d'un peuple de petites colonies, à peine viables sur la côte atlantique à un peuple qui, aujourd'hui s'étend sur un vaste territoire, plus de treize fois plus grand que la France. Que l'on ne s'étonne donc pas d'y trouver une histoire très variée et, aujourd'hui encore, un état de mœurs bien différent suivant les lieux et la composition de la population !

(1) Pascal, *Pensées*, Edition Brunschvigg, p. 294.

CHAPITRE PREMIER

La conception du mariage pendant la période coloniale

Eléments économiques, p. 31 ; — *Eléments religieux*, p. 34 ;
— *Tendance vers le relâchement des mœurs*, p. 39 ; —
Changement de la situation de la femme, p. 40 ; — *Immigration d'origines diverses*, p. 41 ; — *Unions entre les différentes races*, p. 42 ; — *Influence de la vie commerciale et du contact avec la ville*, p. 43 ; — *Résumé*, p. 44.

Nous prendrons comme point de départ la situation dans les colonies avant la guerre de l'Indépendance de 1776. Le mariage, comme institution sociale, pendant cette période, est resté relativement stable. Nous essaierons de démêler ses principaux aspects économiques et religieux.

Puisque les éléments d'une institution sociale ne sortent pas d'un néant, il n'est pas surprenant de constater que le mariage, dans les colonies, ressemblait beaucoup au mariage tel qu'on le comprenait en Europe et, en particulier, en Angleterre d'où sont venus la plupart des colons.

Quels sont donc, en premier lieu, ses éléments économiques ?

De l'Angleterre les colonies ont hérité le principe de droit anglais qui fait perdre à la femme toute personnalité dans le mariage. Comme le disent les auteurs juridiques : les époux ne forment qu'une seule personne et cette personne c'est le mari. La loi ne reconnaît aucune capacité à la femme mariée, et le mari est saisi, par l'effet du mariage, de tout le patrimoine de sa femme. Le mariage était donc un des moyens d'acquérir un patrimoine, et certainement, pendant les premiers temps, les mœurs faisaient du mariage un calcul mercenaire (1). La femme achetait pour ainsi dire un mari avec la propriété qu'elle possédait ou avec l'argent que son père lui donnait en mariage. C'était le système européen de l'époque et même, dans une certaine mesure, c'est celui d'aujourd'hui.

L'homme avait encore une raison économique de se marier : il acquérait, ainsi, une associée dans son travail. On dit que « dans la première période de la colonisation, la sphère d'activité des femmes ne sortait pas des limites des soins domestiques » (2). Mais que ces soins domestiques étaient nombreux ! filer la laine, habiller la famille, préparer pour la nourriture les produits de la ferme, s'occuper du jardin et de la basse-cour, traire les vaches, fabriquer le beurre, le fromage, les bougies et le savon, faire le vin, mettre en

(1) Il est intéressant de noter que les colonies ont répudié le principe anglais du droit d'aînesse, bien que dans quelques-unes, on attribuât au fils aîné une double portion. Calhoun (A. W.), *The Early American Family*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 9.

(2) Gaillard (Henry), *La Condition des Femmes dans la Législation des Etats-Unis*, 1899, p. 7.

conserve les fruits et la viande, élever les enfants. Et le rôle de la femme ne finissait pas là. Comme l'écrivait l'essayiste américain, Washington Irving : « C'est
« par un ordre admirable de la Providence que la femme
« qui est la simple protégée et le simple ornement de
« l'homme dans ses heures les plus heureuses, se trouve
« être son soutien et sa consolation quand une calamité soudaine le frappe, s'insinuant dans les replis
« rugueux de sa nature, soutenant tendrement la tête
« qui s'incline et bandant son cœur brisé » (1).

Les femmes avaient une valeur d'autant plus grande qu'elles étaient en très petit nombre. Les premières colonies commençaient leur existence presque sans femmes (2). La demande en était si urgente que l'on en importait en quantité. Nous apprenons la façon quelque peu brutale dont on en disposait. Les femmes restaient à bord des bateaux pendant quelque temps, et les colons célibataires y venaient choisir une épouse (3). Une fois le marché conclu, la femme, avec ses bagages, était amenée dans quelque lieu désert, ce qu'un chroniqueur du siècle passé a appelé « une localité qui est encore
« à l'état intermédiaire entre le village et la forêt primitive, habitée par l'ours et le serpent à sonnettes » (4),

(1) *The Wife* dans le *Sketch Book*, 1820. Traduction de notre ami M. Pierre Vidal, professeur assistant au Pays de Galles.

(2) La disette des femmes semble être une condition constante des frontières. La ville de Milwaukee, dans le Wisconsin en 1834, n'en avait que 7 pour une population de 400 personnes. Richmond et Hall, *Marriage and the State*, p. 33.

(3) Miller (Nathan), *The European Heritage of the American Family*, *Annals of the American Academy of Political Science*, 1932, p. 4.

(4) Chevalier (Michel), *Lettres sur l'Amérique du Nord*, Paris, Gosselin, 1836, en 2 vol., t. I, p. 280.

là pour commencer son double rôle d'ouvrière et de procréatrice d'une famille nombreuse.

Hors le cadre de la famille, il n'y avait pas de travail pour la femme et, par conséquent, la jeune fille n'avait en dehors du mariage d'autre choix que de vivre avec un parent, son père, son frère ou son oncle, etc.

Les femmes se mariaient toutes jeunes à l'âge de quinze ou seize ans (1), et en général consacraient leur force et souvent leur vie même à la procréation (2).



La religion des premiers colons a joué un rôle décisif pour façonner leur conception du mariage. Une des raisons de leur venue en Amérique était la possibilité de pratiquer leur religion sans avoir à subir les contraintes que leur imposait le vieux monde. Ils étaient « des Puritains, idéalistes, militants, austères, obstinés, égale-

(1) Miller (Nathan), *The European Heritage of the American Family*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars 1932, p. 2.

(2) Les archives de l'Université de Harvard nous donnent un tableau de cet état de choses. Sur onze de ses élèves de la promotion de 1671, un est mort célibataire à l'âge de 24 ans. Des dix autres, quatre se sont mariés deux fois et deux, trois fois. Les dix maris avaient eu dix-huit femmes et soixante et onze enfants, dont vingt et un moururent très jeunes. Et voici quelques exemples tirés des archives de l'Université de Yale entre 1701 et 1745 : « Première épouse morte à l'âge de 24 ans, laissant six enfants », « Quatorze enfants », « Première épouse morte à 28 ans ayant donné naissance à huit enfants en dix ans. » Hard (William) dans *The Women of Tomorrow*, cité par Tanner (Juanita), *Intelligent Man's Guide to Marriage and Celibacy*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1929, p. 264.

« ment attachés à la piété et au succès matériel » (1). « Ils
 « transportaient avec eux, outre mer, la cité chrétienne
 « toute faite. Le boulevard de leur état c'était la Bible
 « anglaise, interprétée par le libre examen, sous la sur-
 « veillance des pasteurs et de la communauté tout entière.
 « L'âme américaine est née dans les feuillets des Ecritu-
 « res donnés à chaque fidèle en guise de pain quoti-
 « dien » (2).

Pour comprendre la conception que les Puritains avaient du mariage, il serait utile d'examiner les différences et les ressemblances qu'elle présente avec la conception catholique si familière aux Français. Celle-ci qui n'a guère changé depuis des siècles, peut se résumer en quelques citations des Pères de l'Eglise que voici : Son Eminence le Cardinal Dubois nous dit que
 « Dieu lui-même, dès l'origine du monde, a institué le
 « mariage pour unir les époux par les liens sacrés et
 « indissolubles. Si les hommes, pervertis dans la suite,
 « ont oublié l'existence et les lois de cette union, Jésus-
 « Christ l'a rétablie dans son état primitif. Non seule-
 « ment il a déclaré cette alliance une et indissoluble,
 « comme elle était par son institution, mais encore il l'a
 « élevée à la dignité du Sacrement » (3). Le Canon 1013, du Code Canonique promulgué en 1918 par le Pape Benoît XV, qui n'est que l'expression de la tradition antérieure, porte que « *matrimonii finis primarius*

(1) Cestre (Charles), *Les Etats-Unis*, Paris, Larousse 1928, p. 351
 « Qui ne comprend le Puritain ne peut comprendre l'Américain. »
 Siegfried, *Les Etats-Unis d'aujourd'hui*, p. 4.

(2) Michaud (Regis), *Ce qu'il faut connaître de l'Ame américaine*, Paris, Boivin et C^{ie}, 1929, p. 9.

(3) *Manuel pour la célébration du Sacrement de Mariage selon le Rituel Romain à l'usage du Diocèse de Paris*, Paris, J. de Girard, 1924, p. 26.

est procreatio atque educatio prolis ; secundarius mutuum adjutorium et remedium concupiscentiae » (1). La première fin de mariage est la procréation et l'éducation des enfants ; la seconde, le secours mutuel et le remède à la concupiscence. Ces fins du mariage ne nécessitent pas de commentaire, sauf la dernière, car l'idée que le mariage a pour fin le remède à la concupiscence, a une importance toute particulière. Puisque la concupiscence a besoin d'un remède, elle est donc un mal. Ainsi est jeté sur l'acte sexuel une ombre équivoque : un acte permis, certes, mais à contre cœur et à seule fin de propager la race. Pour l'Eglise, l'état de virginité doit être placé au-dessus de l'état de vie de mariage. Les faits et raisons qui le prouvent sont ainsi groupés par saint Thomas : L'exemple du Christ qui choisit la vierge comme mère, et qui a pratiqué la virginité ; la doctrine de saint Paul qui conseille de rester vierge parce que c'est un bien meilleur ; la raison qui montre la supériorité du bien divin sur le bien humain ; la supériorité aussi de la vie contemplative sur la vie active (2). Pour saint Thomas, les biens du mariage sont au nombre de trois : la fécondité, la fidélité, l'indissolubilité (3). Tout abandon aux plaisirs de la chair est condamné. « Tout péché de luxure ou de délectation « charnelle est mortel de sa nature... L'apôtre saint

(1) *Codex juris Canonici Pii X Pontificis Maxime Iussu Digestus Benedicti Papae XV*. Ces fins du mariage ont été copiées par l'Eglise anglicane dans son livre de prières.

(2) Thomas d'Aquin (Saint), *Somme Théologique, Le Mariage*, traduit par L. Misserey O. D., Paris, Société saint Jean l'Evangéliste, 1930, note explicative, p. 229.

(3) *Ibid.*, p. 230.

« Paul, dans son épître aux Galates, met le péché de
« luxure au nombre de ceux qui excluent du Royaume
« de Dieu. Tous les Pères de l'Eglise et tous les théo-
« logiens sont unanimes sur ce point » (1).

Les colons américains, étant protestants, n'ont pas conçu le mariage comme un sacrement, mais ils l'ont regardé comme un acte particulièrement solennel et, presque sans exception, le mariage se célébrait devant les pasteurs (2). Il n'est pas douteux non plus que le mariage était à peu près indissoluble. La notion du mariage se présentait sous la forme de l'union d'un homme et d'une femme pour la vie, pour le meilleur et pour le pire (« *For better or for worse* »). Les premiers Américains prenaient à la lettre l'injonction de l'Evangile : « Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu « a joint » (3).

(1) Debreyne (le Père), *Maechiologie ou Traité des Péchés contre le Sixième et le Neuvième commandement du Décalogue*, 5^e Edition, Paris, 1874, p. 7.

(2) On a eu tort de penser souvent qu'il existait dans les colonies beaucoup de mariages célébrés par simple consentement des époux et sans cérémonie religieuse. Il en a été tout le contraire. Goodsell, *The Family as a Social and Educational Institution*, p. 376. Howard, *History of Matrimonial Institutions*, t. III, p. 170.

(3) Matthieu XIX, 6, Traduction de Louis Segond. Les divorces de la période coloniale étaient prononcés, non par l'autorité judiciaire, mais par les autorités législatives ou administratives. Sur la validité des divorces législatifs, voir Maynard c. Hill, 125 U. S. 190, 1888, McCurdy, *Cases on Domestic Relations*, p. 305. Chevalier rapporte qu'en 1836, sur 150 « acts » votés par le parlement de New-Jersey, il y en avait treize dont l'objet était le divorce d'un particulier. *Lettres sur les Etats-Unis*, Paris, Gosselin, 1836, t. II, p. 514. L'Etat de New-York a vu 4 divorces pendant la période coloniale, tous les 4 résultant d'un *fiat* du gouverneur, selon le cha-

Les protestants ont formellement répudié la doctrine d'après laquelle la virginité était un état supérieur au mariage et, depuis le temps de Luther et de Calvin, ils ont permis à leurs pasteurs de se marier. Mais le mouvement puritain qui a commencé comme une réaction contre les plaisirs raffinés du règne d'Elisabeth, condamnait en bloc toutes les frivolités, parmi lesquelles pouvait se placer en premier lieu tout acte sexuel. La doctrine du péché originel était fort en faveur, et la chair et tout ce qui lui appartient était considéré comme diabolique. « Les sentiments les plus légitimes, l'amour de la famille même, se contenaient de peur d'amollir l'âme tendue vers la sainteté » (1). Le puritanisme en Amérique était encore plus fort qu'en Angleterre, et les lois punissaient sévèrement tout relâchement des mœurs. La colonie de Massachussetts Bay punissait l'adultère par la mort, et la simple fornication par la fustigation ou la confession publique au pilori avec un carcan, insigne indicateur sur les vêtements (2). Rhode-Island punissait l'adultère par la fustigation, et le coupable était exposé publiquement à la potence la corde au cou (3).

Nous voyons donc que les protestants quoique pour d'autres raisons, ont condamné aussi sévèrement sinon

celier Kent dans Burtis c. Burtis, 1 Hopk. Ch. 557, McCurdy, *Cases on Domestic Relations*, p. 320.

(1) Dugard (M.), *Ralph Waldo Emerson, sa Vie et son Œuvre*, Paris, Colin, 1913, p. 5.

(2) May (Geoffrey), *Social Control of Sex Expression*, 1931, New-York, p. 231. C'est sur ce système que Hawthorne a écrit son roman, *The Scarlet Letter*.

(3) *Ibid.*, p. 239.

plus que les catholiques, tout écart de la voie tracée par la morale la plus rigide.

Nourris de la Bible, ils n'ont pas manqué de lire l'épître de saint Paul aux Ephésiens où il est dit : « Femmes soyez soumises à vos maris comme au Seigneur, car le mari est le chef de la femme, comme Christ est le chef de l'Eglise » (1). On demandait à la femme d'avoir du charme, d'être utile, mais on ne lui demandait guère d'avoir des idées susceptibles d'être partagées par son mari. On ne supposait pas qu'elle eût un cerveau (2).



La vie des colons n'était cependant pas complètement dominée par l'idéal puritain. D'un côté, l'esprit chevaleresque du moyen âge n'avait pas fini sa carrière et, de l'autre, le relâchement des mœurs d'Europe, s'étendait dans le nouveau pays. Il ne manqua pas de preuve que la rigueur de l'idéal chrétien était loin d'exister en pratique. Lord Dartmouth, Secrétaire des Colonies, a rapporté que les enfants illégitimes étaient nombreux dans la Nouvelle Angleterre (3) et on se demande pourquoi toute la rigueur des lois contre les crimes sexuels s'il n'en existait guère.

L'historien américain Channing nous dit qu'il y avait dans le Conseil de la Nouvelle Angleterre deux partis :

(1) *Ephésiens*, V, 22. Traduction de Louis Segond.

(2) Tanner (Juanita), *The Intelligent Man's Guide to Marriage and Celibacy*, 1928, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co, p. 168.

(3) Cité par Calhoun (Arthur Wallace), *The Early American Family*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars, 1932, p. 11.

l'un composé de Puritains, et l'autre qui n'avait aucune sympathie pour eux (1).

Vers la fin du xvii^e siècle, la Marquise de Halifax donnait ces conseils à sa fille : « Vous devez d'abord savoir
« que nous vivons à une époque où certaines espèces de
« faiblesse sont si communes qu'elles ont droit à beau-
« coup d'indulgence. Bien qu'on dise que la vertu porte
« en elle-même sa propre récompense, sachez bien que
« s'il est dangereux de vous laisser entraîner dans la
« douceur de l'adultère, il est encore plus dangereux de
« laisser voir à votre mari infidèle que vous connaissez
« son infidélité » (2). Cela exprimait à la fois un double code de morale, un pour les hommes, un autre pour les femmes, et la fréquence des écarts surtout chez les hommes.

Nous voyons donc ici deux tendances, d'une part, vers une famille unie et stable, où la femme montrait une humble soumission à son mari, et d'autre part, vers le relâchement des mœurs et le désordre sexuel.

★★

Mais les nécessités de la vie dans le nouveau pays modifièrent la situation de la femme. L'influence de la vie de frontière, des dangers et des privations affrontés en commun avec les hommes, a lancé la femme sur le chemin de l'égalité des sexes. La femme, par son mérite personnel, a rehaussé sa situation. Par son travail elle

(1) Channing (Edward), *A Student's History of the United States*, New-York, MacMillan, 1900, p. 73.

(2) May (Godefroy), *Social Control of Sex Expression*, New-York, Wm. Morrow and C^o, 1930, p. 206.

se rendait aussi utile et aussi nécessaire que l'homme. La pionnière dont on reconnaissait le courage physique et moral, aux prises avec la dure vie de la frontière, ne ressemblait que de loin à sa sœur d'Europe. Victorieuse dans de telles conditions, il a été impossible de voir en elle une inférieure, une protégée ou une incompetente (1), et comme il y avait relativement peu de femmes, la loi de l'offre et de la demande a opéré en sa faveur.

Enfin, devant la force de sa personnalité dont la difficulté et la variété de la vie primitive a activé l'éclosion, la femme a ambitionné d'être « l'égale de l'homme, non « plus inférieure à lui comme elle était en Europe, passant de l'autorité paternelle absolue sous le joug non « moins despotique de l'autorité conjugale » (2). Elle était encore loin de cette égalité, mais c'est certainement pendant cette période qu'elle a fait ses premiers pas dans cette voie.



Les Pères Pèlerins de la Nouvelle Angleterre eurent bientôt pour voisins des colons d'origines diverses qui apportèrent un nouvel élément dans l'ensemble de la vie coloniale. Il y avait des Espagnols en Floride déjà en 1565. D'autres Anglais, sous l'inspiration de Sir Walter Raleigh, se sont établis en Virginie en 1602 ; des colons Hollandais sont arrivés dans l'île de Manhattan (aujourd'hui le centre de la ville de New-York) en

(1) Messer (Mary B.), *The Family in the Making*, 1928, New-York, Putman, p. 257.

(2) Varigny (C. de), *La Femme aux Etats-Unis*, Paris, Colin, 1893, p. 67.

1624 ; puis vinrent des Suédois sur les bords de la Delaware en 1628, et des Allemands dans la Pensylvanie à partir de 1682 (1). En ce qui concerne les Français, deux raisons les ont poussés à immigrer dans le Nouveau Monde. D'abord les missions catholiques venaient pour évangéliser les Peaux-Rouges et elles étaient accompagnées par d'autres Français qui s'établissaient dans des fermes. Ensuite des Huguenots arrivaient pour échapper à la persécution dont ils étaient l'objet en France après la Révocation de l'Edit de Nantes en 1685. Les uns et les autres ont pu vivre en paix en Amérique car la vaste étendue du pays a offert à chacun un champ déjà bien trop grand pour toutes ses activités. Mais les colonies françaises se sont accrues très lentement. On estime qu'en 1700 il n'y avait pas mille Français établis au Sud du Saint-Laurent (2).



L'acceptation de la théorie du Christianisme universel a poussé les missions françaises, comme les missions espagnoles, vers l'amalgame des races, et les unes comme les autres ont encouragé des mariages entre les blancs et les femmes peaux-rouges et négresses. Parmi les moins fidèles il y avait certainement un assez grand nombre de ces unions mixtes qui étaient irrégulières. Dans le midi, la canicule impitoyable et les hivers tempérés ont agi sur le tempérament des Anglo-Saxons et les ont poussés, eux aussi, faute de mieux, à ces unions

(1) Roz (Firmin), *Les Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Alcan, 1927, Chapitre sur l'Est.

(2) Channing (Edward), *Student's History of the United States*, New-York, 1910, p. 51.

irrégulières. L'existence de cet état de choses se manifestait par l'affranchissement fréquent des esclaves mulâtres (1).

★
★

D'autres influences sont venues encore changer le simple idéal puritain des Pères Pèlerins. Bientôt un certain nombre de personnes abandonnèrent l'agriculture pour le commerce parce qu'ils y voyaient une source de richesse. Le commerçant n'était pas attaché à la terre, et son pouvoir et son prestige social trouvaient leur essor dans la finance, l'exportation, etc. La pureté de ses ancêtres et le noble héritage de sa famille comptaient moins que l'accumulation des bénéfices. Les contacts avec des milieux variés des villes ont produit un nivellement des idées. Ces villes abritaient une population souvent assez dévergondée car l'Amérique fut bientôt le havre d'un ensemble d'individus des bas quartiers des villes européennes, de vauriens, de femmes de mœurs légères, voir de criminels. Toutes ces personnes comprimées par les cadres du vieux monde, opprimées pour une raison ou pour une autre, sont parties vers cette « Amérique légendaire des forêts vierges, de nobles « sauvages et de liberté illimitée » (2).

★
★

(1) Miller (Nathan), *The European Heritage of the American Family*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars 1932, p. 4.

(2) Roz (Firmin), *L'Evolution des Idées et des Mœurs Américaines*, Paris, Flammarion, 1931, p. 190.

Nous pouvons résumer la situation du mariage en Amérique à l'époque coloniale en disant : d'un côté il y avait l'idéal chrétien des Puritains et des Missions catholiques d'un mariage pur et stable, pratiquement indissoluble, et pour les célibataires la rigidité et l'austérité des mœurs. De l'autre côté, il y avait un laisser-aller dans les mœurs par suite du rapprochement des différentes races : blancs, noirs, peaux-rouges, et en raison d'une population attirée vers le nouveau monde pour des motifs quelque peu douteux. Le tout formait un mélange de bon et de mauvais d'où devait nécessairement découler une situation de plus en plus complexe devant laquelle nous nous trouverons dans les chapitres suivants.

Bibliographie

- CHEVALIER (Michel). — *Lettres sur l'Amérique du Nord*,
2 vol., tome I, Paris, Gosselin, 1836.
- MANN (Ruth Z. S.). — *On Frontier Conditions*.
- MATHER (Cotton). — *The Ecclesiastical History of New
England from its first Planting in 1620 unto the
year of our Lord 1698*, Hartford, Conn., 1853.
- VARIGNY (C. de). — *La Femme aux Etats-Unis*, Paris,
Armand Cohn et C^{ie}, 1893.

PERIODIQUES

- CALHOUN (A. W.). — *The Early American Family*. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 9 et suiv.
- COOK (Frank G.). — *The Marriage Celebrations in the Colonies*, 61 *Atlantic Monthly* 350.

On trouvera aussi dans de nombreux ouvrages historiques des renseignements sur les mœurs de cette période.

CHAPITRE II

Evolution de la conception du mariage depuis l'Indépendance américaine jusqu'aux temps modernes

Rôles qu'a joué l'ancienne famille, p. 46 ; — Changement dans ces rôles sous l'influence de l'industrialisation du pays, p. 49 ; — L'influence du système d'éducation américain, p. 52 ; — L'influence du mouvement romantique, p. 55 ; — L'influence des idées démocratiques sur l'autorité paternelle, p. 57 ; — Différence entre l'évolution sociale dans l'Ouest et dans l'Est, p. 58.

Nous allons passer en revue maintenant les influences qui, pendant plus d'un siècle, ont contribué à changer la conception du mariage et qui constituent le fond historique de son état actuel.

Peut-être la plus importante de ces influences est-elle l'industrialisation du pays. Elle s'est fait sentir d'une façon lente mais continue pendant plus d'un siècle.

Tant que l'économie du pays était à base agricole pour la presque totalité de la population, la famille jouait un rôle multiple (1).

(1) Pour le rôle qu'a joué la famille et le changement qui a été opéré par le temps voir : Rich (Margaret E.), *Family Life Today*, New-York, Houghton Mifflin, 1928, p. 31 et *Recent Social Trends*,

Elle établissait en premier lieu un lien d'affection entre ses membres.

Puis et surtout, elle était la cellule tout à la fois de production et de consommation. Elle se suffisait à elle-même ou presque. Défricher la forêt, élever des animaux domestiques, cultiver des céréales et du coton, transformer ces produits en biens de consommation, telle était la vie des colons.

Le foyer était la seule source de récréation. Les nombreuses distractions mécaniques d'aujourd'hui — le cinéma, l'automobile, etc. — n'existaient pas. Echanger des visites pour le plaisir de converser des intérêts communs autour d'une table chargée des produits de la ferme, jouer aux dames, aux échecs ou à d'autres jeux aussi innocents, faire des pique-niques, voilà à quoi s'adonnait l'Américain de la période coloniale. La religion puritaine interdisait pour le grand public tout pari et tout jeu de cartes. Le dimanche était rigoureusement exempt de tout travail. On appelle toujours le règne de Victoria l'âge de l'innocence (1) et certes l'innocence y était la règle, la débauche et la légèreté des mœurs l'ex-

New-York et Londres, McGraw Hill, 1933, Chapitre XIII, p. 661 et suiv., par le Professeur Wm. F. Ogburn.

Ce dernier ouvrage en deux volumes constitue une source importante de renseignements sur les tendances sociales actuelles. On le doit à l'initiative de l'ancien président Hoover qui a demandé à un groupe de spécialistes et de professeurs américains, d'écrire chacun un chapitre sur un aspect donné des tendances modernes.

V. aussi, Dallard (John), *The Changing Functions of the American Family*, thèse, Université de Chicago, 1931.

(1) M^{me} Edith Wharton a écrit un roman sur cette période, intitulé, *The Age of Innocence*, traduit en français sous le titre, *Au Temps de l'Innocence*, Paris, Plon-Nourrit et C^{ie}, 1921.

ception. Ceci est vrai surtout pour les femmes et au moins en apparence pour les hommes.

Un autre rôle que jouait la famille, était la protection de ses membres : protection pour la vieille fille parce qu'elle n'avait pas d'autre asile, et parce que les mœurs ne lui permettaient pas de travailler, protection pour les enfants, protection pour la femme et les grands-parents.

Le foyer était aussi le centre de la religion. Les colons avaient fait en débarquant sur le sol nouveau, une promesse solennelle « de marcher dans tous leurs sentiers selon les règles de l'Évangile » (1). A la fin du XVIII^e siècle et pendant une bonne partie du XIX^e siècle, dans la grande majorité des foyers, on lisait la Bible et, de même qu'à chaque repas on disait le *benedicite*, on ne manquait point de prier Dieu sous la forme connue des Protestants, d'une conversation improvisée. Chevalier se plaignait en 1836 que « le dimanche aux États-Unis au lieu « d'être comme chez nous un jour de distraction et de « gaité est, selon la coutume anglaise renforcée par les « Anglo-Américains, scrupuleusement consacré à la « prière, au recueillement, au silence » (2). Ainsi les enfants prenaient les idées religieuses de leur père, idées qu'ils transmettaient ensuite à leurs enfants.

L'éducation générale était faite dans la famille. Au commencement du siècle on donnait peu d'instruction aux filles, et quant aux garçons ils allaient à l'école seulement pendant leurs jeunes années. Leur instruction

(1) Burnes (Sheldon), *Studies in American History*, Boston, Heath and C^o, 1893, p. 80, cité par Dugard (M.), *Ralph Waldo Emerson, sa Vie et son Œuvre*, Paris, Colin, 1913, p. 5.

(2) *Lettres sur l'Amérique du Nord*, Paris, Josselin, 1836, t. I, p. 280.

prenait fin dès qu'ils étaient en âge de travailler, mais ils retournaient parfois en classe en hiver lorsqu'il y avait moins de travail.



Nous allons voir comment ces rôles passèrent de la famille à des institutions sociales, et comment le cadre familial ne servit plus qu'à développer et cultiver le sentiment de l'affection.

Avec l'industrialisation du pays, nous voyons le rôle économique de la famille changer dans ses bases profondes. Les machines à vapeur, et les machines pour tisser la laine inventées au XVIII^e siècle en Angleterre, sont arrivées en Amérique au siècle suivant (1). Leur influence sur la famille et le mariage se manifesta bientôt. Au foyer, la femme, ne tissant plus, avait plus de loisir, plus de temps pour son éducation, pour lire, pour s'instruire. Elle pouvait maintenant « faire de la littérature ». Cela lui donnait le temps d'élever ses connaissances presque au niveau de celles de l'homme, d'être digne de la position d'égale qu'elle ambitionnait.

Cette évolution a continué pendant tout le XIX^e siècle. Les occupations exercées par les femmes et même par les hommes pendant la période coloniale relèvent désormais de l'usine et non plus du foyer. La confection des vêtements a été la première à quitter le cadre familial, bientôt suivirent la préparation du beurre, du fromage, du savon, des bougies. Plus tard le boulanger

(1) Goodsell donne 1816 comme la date à laquelle l'industrie des machines a commencé à supplanter l'économie domestique. *The American Family in the Nineteenth Century*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars 1932, p. 13.

s'est chargé de la cuisson du pain, et l'électricité a supprimé les lampes à pétrole. Une spécialisation progressive a enlevé à la ferme la boucherie, la fabrication et la réparation du harnais, des voitures et des machines agricoles.

L'industrialisation avait d'autres répercussions : des jeunes filles que les mœurs avaient si longtemps forcées à rester sous le toit paternel jusqu'au jour du mariage, partaient maintenant gagner leur vie comme leurs frères dans les usines. Elles n'étaient plus dépendantes et ainsi, du même coup disparut le rôle protecteur de la famille. De plus, ces jeunes filles étaient souvent loin de leur famille, loin des yeux réprobateurs des parents dans le cas d'un écart de morale ; et de là est née la liberté de la femme américaine, liberté qui n'a cessé de grandir depuis.

Le foyer, disions-nous, était au XVIII^e siècle un lieu de récréation pour ses membres. Ce rôle il l'a perdu, mais certes, plus lentement que les autres, et plus vite encore au XX^e qu'au XIX^e siècle. De Tocqueville pouvait encore écrire au commencement du XIX^e siècle : « Lorsque...
« l'Américain rentre au sein de la famille, il y rencontre aussitôt l'image de l'ordre et de la paix. Là, tous
« ses plaisirs sont simples et naturels, ses joies innocentes et tranquilles » (1). Il faut convenir que ce fut là un tableau fidèle des mœurs pendant presque tout le XIX^e siècle. On peut dire seulement qu'il ne convenait pas en ce qui concerne les jeunes gens et les jeunes filles menant une vie indépendante loin de leur foyer. Ce ne fut qu'au commencement du XX^e siècle que les récréations

(1) *De la Démocratie en Amérique*, t. II, 15^e édit., p. 215.

changèrent de caractère par suite de l'introduction du cinéma et de l'automobile et du grand essor des sports.

Le rôle religieux de la famille a également beaucoup diminué et le souci de donner aux enfants une instruction religieuse a été confié à l'Eglise et à l'école. Ce changement marcha de pair avec la décroissance de l'esprit religieux même, dans les familles. Ici encore, l'évolution a été lente, au commencement, mais n'a pas cessé de s'accélérer jusqu'à nos jours. Il faut remonter aux grands-pères de la présente génération pour trouver l'habitude de la lecture de la Bible et des prières au foyer. Quand la génération suivante a cessé cette coutume, elle a pensé transférer ce fardeau aux ministres de la religion. C'était le moment du plus grand essor des organisations de l'Eglise pour la jeunesse telles que l'école du dimanche (*Sunday School*) l'*Epworth League*, l'Y. M. C. A. (Union Chrétienne des Jeunes Gens) et d'autres organisations ayant un caractère moral comme les Boys Scouts.

Enfin le rôle éducatif de la famille a été confié presque entièrement à l'école. Déjà, dans la période coloniale, plusieurs institutions d'éducation supérieure avaient été fondées (Harvard, Yale, Dartmouth, Columbia, William and Mary). Le xix^e siècle a vu la naissance de beaucoup d'universités ; en général, on trouve une université dans chaque Etat, souvent aussi une école polytechnique et une école supérieure d'agriculture et de mécanique. Des écoles intermédiaires (*High Schools*) ont foisonné partout, et la population en a profité largement.

Quelle a été l'influence du système américain d'éducation sur le mariage ? On remarque d'abord la présence des jeunes gens et des jeunes filles côte à côte dans les classes, presque partout ; c'est ce que les Américains appellent « *co-education* ». Il en est ainsi dans toutes les universités des Etats particuliers. Cependant il y a quelques exceptions importantes. Il y a plus d'un siècle que l'on a construit la première université privée destinée seulement aux jeunes filles (1). Il y en a maintenant une douzaine d'autres. Mais tout compte fait, on estime que les trois quarts des femmes dans les universités reçoivent leur instruction dans les mêmes cours que les hommes (2).

En plus de l'instruction en commun, il y avait l'influence de la vie sociale universitaire. A cet égard on aurait tort de s'imaginer qu'une université américaine ressemble en tous points à une université française, surtout avant le xx^e siècle. Il y a d'abord des différences matérielles — l'université d'outre-Atlantique en général a ses édifices rassemblés sur un même terrain qu'on appelle « *campus* ». Ces *campi* agrémentés par des parcs, comportent en général plusieurs terrains de sports, quelquefois des lacs et des bois. Mais il y a des différences aussi qui concernent précisément les relations entre les deux sexes — presque tous les étudiants et étudiantes habitent des pavillons situés sur ce terrain, prennent leur repas dans une salle à manger commune et ainsi se coudoient continuellement dans la vie quoti-

(1) C'était à Oberlin, dans ce qui était alors un lieu désert de l'Etat d'Ohio, Barnard (Eunice Fuller), *The New College Girl*, Readers Digest, juin 1933, p. 65.

(2) *Ibid.*

dienne. Ils se livrent aux sports en plus grand nombre qu'en France, ce qui leur vaut un dérivatif aux préoccupations d'ordre sexuel.

L'étudiant américain est plus sociable que l'étudiant français. Il faut avouer cependant que depuis la fondation des cités universitaires en France et l'accession croissante des jeunes filles aux études supérieures depuis la guerre, la vie universitaire française diffère moins de la vie universitaire américaine aujourd'hui qu'autrefois. Mais la sociabilité entre les sexes et l'absence de méfiance sont encore ce qui distinguent le plus nettement les Américains des Français.

On ne peut mieux décrire les universités américaines qu'en empruntant les mots de notre savant ami, Firmin Roz qui a dit que « les plus grandes sont des villes — « les cités d'étude, républiques idéales, paternellement « gouvernées par des savants et des sages, et où la « jeunesse des deux sexes partagée entre ses travaux et « ses jeux, retrouve en notre âge de fer et au sein même « de la civilisation la plus moderne qu'il ait produite, « quelque chose de l'atmosphère platonicienne » (1).

Dans les écoles intermédiaires (*high schools*) des États, la *co-education* est la règle, ainsi que dans les écoles élémentaires. Seules quelques-unes d'entre elles donnent l'enseignement séparément aux garçons et aux filles.

Il est facile de voir que le système de co-éducation a eu une forte influence sur les relations entre les sexes et a été la levure qui a changé considérablement la con-

(1) *Evolution des Idées et des Mœurs Américaines*, Paris, Flammarion, 1931, p. 31.

ception actuelle du mariage. Comme nous dit le professeur Michaud : « L'Amérique n'a jamais connu d'un « sexe à l'autre, ces méfiances, ces prohibitions qui, en « Europe, ont marqué si profondément les institutions, « l'éducation et les mœurs... c'est depuis longtemps un « pays d'écoles mixtes et on ne saurait faire la place « trop grande à ce facteur... De la part des parents, la « confiance est complète. Jeunes gens et jeunes filles « grandissent dans une constante intimité. La con- « fiance en l'individu a été plus forte sur ce point que « les restrictions puritaines. A chacun le soin de se con- « duire ; chacun ne doit de comptes qu'à sa cons- « cience » (1).

Une longue pratique de cette intimité a donné comme résultat une franchise et une camaraderie entre les sexes telle que les Européens, surtout les « plus de trente ans » auraient quelque difficulté à concevoir. Le tempérament plus froid de l'Américain a permis cette intimité sans grands risques de désastres sexuels. Comme nous dit un auteur français : « Impunément, les étudiantes « peuvent recevoir dans les halls de l'université des étu- « diants et des amis, danser, luncher, rire, flirter avec « eux. Rien ne s'ensuit qu'une camaraderie franche... « Evidemment il y a des faiblesses. Ce sont des cas rares « et réprouvés » (2).

L'éducation a contribué pour une part à former le caractère particulier et énergique des Américains, et ce caractère les a amenés à conquérir l'Ouest et à donner le branle à l'épanouissement d'une civilisation propre.

(1) Michaud, p. 98.

(2) Adam (Paul), *Vues d'Amérique*, Paris, 1906, p. 108.

Puisque les garçons et les filles ont passé par les mêmes écoles, ils ont été poussés vers une égalité entre les sexes que l'Europe n'a jamais connue.

Cette égalité dans l'éducation a produit aussi un certain nivellement des classes et l'a maintenu, de sorte que le souci de ne pas faire de mésalliances du point de vue social dans les unions conjugales n'a jamais été un facteur aussi fort en Amérique qu'en France. Le Professeur Cestre nous a précisé ce point quand il nous dit :
« L'éducation tend à développer chez l'enfant des qua-
« lités d'énergie. Dans les écoles, l'instruction n'est pas
« l'unique objet qu'on se propose. On met au premier
« plan l'initiative, l'activité spontanée, et la responsa-
« bilité. Garçons et filles, enfants des riches et enfants
« des pauvres, sont dans les mêmes écoles afin que ni
« le sexe ni la classe sociale ne viennent au point de
« départ mettre des obstacles au développement des vir-
« tualités qui sont en eux... La prudence inquiète n'est
« pas le fait des éducateurs américains. Il faut avertir
« l'enfant du danger — s'il y a danger — mais lui laisser
« courir le risque ; c'est ainsi que se trempent les carac-
« tères » (1).



Au courant du xix^e siècle l'Amérique subit l'influence du romantisme. Ce mouvement a produit un effet considérable sur la littérature américaine comme sur la littérature anglaise. L'élite américaine poussée par la sympathie née de la guerre d'Indépendance a pris goût très tôt à lire les auteurs français. Les difficultés linguis-

(1) Cestre (Charles), *Les Etats-Unis*, Paris, Larousse, 1928, p. 332.

tiques n'empêchaient pas la recherche du charme qu'enfermaient les belles lettres françaises, chargées qu'elles étaient à cette époque de l'esprit du romantisme. Le jeune Américain lisait en même temps toute la littérature anglaise, qui en était imprégnée aussi. L'évolution de ce mouvement a été sans doute plus lente en Amérique qu'en France ; l'effet y a duré plus longtemps qu'en France et son influence sur les mœurs y est encore aujourd'hui plus sensible (1).

Une des conséquences du mouvement romantique était de concevoir l'amour comme seule base du mariage. Par « amour » il faut entendre ce sentiment si complexe et si délicat qui idéalise la personne aimée et qui ne conçoit de vie possible que grâce à une union de tous les instants avec elle, union non seulement des corps mais surtout des âmes et des cœurs. Il faut convenir que dans la conception que l'on se faisait de l'amour en Amérique le côté physique tenait une place relativement petite. Ce mot « *love* » dans le sens d'acte sexuel est à peu près inconnu en anglais. Quiconque a longtemps lu et médité la littérature anglaise et américaine reconnaîtra que les mots « amour » et « *love* » ont un contenu différent.

La notion que l'amour était la seule base du mariage se heurtait à la tradition suivant laquelle les parents devaient choisir l'époux de leurs enfants. Tandis qu'en France cette tradition était plusieurs fois séculaire et avait pour base un souci de conserver la propriété dans la famille, elle ne s'est jamais ancrée dans les mœurs

(1) Telle est l'opinion de Russell (Bertrand), *Marriage and Morals*, Londres, 1929, p. 63.

en Amérique. Outre-Atlantique tout tendait à la liberté. Comme nous l'avons vu, un certain nivellement des classes avait atténué la peur des mésalliances du point de vue social. Quant à la propriété, les familles avaient plus de terres qu'elles n'en pouvaient cultiver, et arrivé à l'âge adulte, le fils au lieu de partager la ferme avec ses frères et sœurs, partait vers l'ouest où, après 1860, le gouvernement lui donnait, comme cadeau environ 65 hectares (160 *acres*) de sol vierge (1).



Aussi à peine est-il nécessaire de dire que les idées démocratiques de la Révolution française, et maintenues dans ce pays d'espace illimité, ont eu pour effet d'atténuer l'autorité paternelle. Le fils majeur tendait à être l'égal de son père. Ce dernier lui donnerait des *conseils* parce qu'à son affection s'ajoutait l'expérience, mais ne se permettrait pas de lui donner des *ordres*. De même la fille en âge de se marier tendait d'échapper au contrôle de sa mère et de son père (2).

Ainsi fut fondée en Amérique une tradition de liberté qui permettait aux enfants d'épouser ceux ou celles qu'ils désiraient pourvu que leur choix fût commandé par ce sentiment impérieux qu'on appelle « *love* ». La vitalité et la puissance de cette notion est extraordinaire. Elle n'a guère commencé à fléchir que tout dernièrement, et encore la bataille est-elle loin d'être perdue.

(1) Voir Manson, *The Homestead Acts*, Journal of the Society of comparative Legislation, Londres, 1899, et Vacher (L.), *Le Homestead aux Etats-Unis*, 1899.

(2) Ceci a frappé de Tocqueville. Voir *Démocratie en Amérique*, t. II, p. 241.



Le xix^e siècle a vu la conquête et le peuplement de l'Ouest. Ses mines à exploiter, ses forêts à abattre, ses prairies à labourer et ses richesses ont attiré une foule de pionniers et ce que nous y voyons est presque une répétition du peuplement des colonies de l'Est. La femme y continuait à jouer son rôle de procréatrice féconde, de collaboratrice expérimentée et de consolatrice. La disproportion du nombre des femmes par rapport au nombre des hommes ici encore rehaussait inévitablement la situation sociale de la femme.

De plus, l'Ouest par suite de son éloignement, ne suivait que de loin l'évolution des idées sociales qui bouleversait l'Est. Ainsi se produisait un décalage, une différence de vitesse d'évolution qui rend toutes les généralisations fausses pour l'ensemble du pays. Un tel décalage existe à un certain degré partout entre la ville et la campagne (1), entre les « moins de trente ans » et les « plus de trente ans », entre les travailleurs intellectuels et les travailleurs manuels. Mais cette différence a été plus sensible en Amérique qu'ailleurs, tout au moins jusqu'au seuil du xx^e siècle.

(1) Comme a dit Tennyson dans *Locksley Hall*, « A week of Europe is worth a cycle of Cathay ».

Bibliographie

- ABRAM (Paul). — *L'Evolution du Mariage*, Paris, E. Sansot, 1908.
- ADAM (Paul). — *Vues d'Amérique*, Paris, Société d'Éditions Littéraires et Artistiques, 1906.
- BENTZON (M^{me} Th.). — *Les Américaines chez elles*, Paris, C. Lévy, 1896.
- BOURGET (Paul). — *L'Outre-Mer. Notes sur l'Amérique*, 2 vol., Paris, A. Lemerre, 1895.
- BURGY (Louis). — *La Religion dans la Société aux Etats-Unis*, Paris, Colin, 1902.
- CARLIER (Auguste). — *New America*, 3^e édition, Londres, 1867, Philadelphia, 1869.
- CARLIER (Auguste). — *Le Mariage aux Etats-Unis*, Paris, L. Hachette, 1860.
- D'ESTOURNELLES DE CONSTANT. — *Les Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Colin, 1913.
- DOLLARD (John). — *The Changing Functions of the American Family*, Thèse, University of Chicago, 1931.
- GAILLARD (Henry). — *La condition des femmes dans la Législation des Etats-Unis*, Thèse, tome 1 Paris, 1899.

- HILL (Joseph A.). — *Women in Gainful Occupations*, 1870-1920.
- HINKLE (B.). — *Marriage in the New World*. Un chapitre du livre de KEYSERLING, *The Book of Marriage*, New-York, Harcourt Brace and C°, 1926.
- KELLY (William D.). — *The Old South and the New*, New-York, Putnam and C°, 1888.
- LA GRASSERIE (R. DE). — *De l'individualisme et de ses conséquences chez les Anglo-Américains*, Paris, Giard, 1898.
- LEHR (Ernest). — *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris, L. Larousse, 1899.
- MANSFIELD (Edward). — *The Legal Rights, Liabilities and Duties of American Women*, Salem Mass., John P. Jewett and C°, 1845.
- NOAILLES (le Duc DE). — *Cent ans de République aux Etats-Unis*, 2 vol., Paris, C. Lévy, 1886.
- O'RELL (Max). — *A Frenchman in America*, Bristol, J. W. Arrowsmith, 1891.
- OSSOLI (Margaret F.). — *Women in the Nineteenth Century*, Boston, John P. Jewett and C°, 1855.
- POYNTER. — *Marriage and Divorce*, 2^e édition, 1824.
- SHELFORD. — *Marriage and Divorce*, 1841.
- TOCQUEVILLE (Alexis DE). — *De la démocratie en Amérique*, 15^e édition, Paris, Michel-Lévy.
- THÉRÈSE. — *Impressions d'une Française sur la côte du Pacifique*, Paris, F. Juven, 1902.
- TROLLOPE (Mrs). — *Domestic Manners of the Americans*, New-York, Dodd, Meade and C°, 1901.
- VARIGNY (C. DE). — *La femme aux Etats-Unis*, Paris, Colin, 1893.

WOODY (Thomas). — *A History of Women's Education in the United States*, New-York, Science Press. 1929.

— *America and the Americans from a French Point of View*, Londres, W. Heinemann, 1897.

PERIODIQUES

HANSON (Robinson). — *Féminisme aux Etats-Unis*, Revue Politique et Parlementaire, tome 17, p. 245, 1898.

MILRAND (M^{lle}). — *Le travail des femmes aux Etats-Unis*, Revue Politique et Parlementaire, tome 55, p. 191, 1908.

NATHAN (M.). — *Le travail des femmes aux Etats-Unis*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, tome 27, p. 646, 1906.

ROBERTS (P.). — *Le travail des femmes dans l'industrie américaine*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, tome 23, p. 434, 1904.

CHAPITRE III

Le Mariage aux temps modernes

Complexité ethnique de la population, p. 62 ; — *Apport des éléments divers de la population sur la conception du mariage*, p. 68 ; — *Influence de la religion*, p. 69¹ ; — *Influence du mouvement en faveur du divorce*, p. 74 ; — *Causes des mariages mal assortis*, p. 80 ; — *L'urbanisation*, p. 81 ; — *L'émancipation de la femme*, p. 85 ; — *L'individualisme*, p. 89 ; — *Attitudes changeantes concernant la morale sexuelle*, p. 90 ; — *Le contrôle des naissances*, p. 92 ; — *Le « conseiller en mariage »*, p. 99 ; — *Résumé*, p. 105.

Nous en arrivons maintenant aux temps modernes. Les changements opérés dans la conception du mariage deviennent plus nombreux et se succèdent à une allure plus rapide.

En premier lieu il faut remarquer que la conception du mariage a changé par suite de l'arrivée d'éléments nouveaux dans la population américaine (1).

L'immigration aux Etats-Unis a toujours été considérable, mais c'est surtout vers la fin du xix^e siècle et

(1) La population totale se montait en 1776 à environ deux millions et demi. Aujourd'hui elle s'approche de cent vingt-cinq millions. Le recensement de 1930 donne 122.775.046. *Fifteenth Census of the United States*, 1930, t. I, Population.

pendant le xx^e siècle jusqu'en 1924 qu'elle a atteint des proportions telles qu'elle est devenue une menace pour la domination de l'élément anglo-saxon. En 1924, une loi a dressé une barrière devant ce flot d'immigrants en créant le système du contingentement, suivant lequel le chiffre du contingent des immigrants permis à chaque nation est fixé selon l'importance numérique de ses originaires déjà domiciliés aux Etats-Unis.

Nous allons donner quelques précisions quant à ces éléments divers de la population. En cela nous suivrons la division commode et traditionnelle du bureau de recensement de Washington qui met d'un côté les autochtones et de l'autre ceux qui sont nés à l'étranger ou dont le père ou la mère sont étrangers. En ce qui concerne la population autochtone, nous pouvons accepter comme approximatifs les chiffres que le bureau de recensement a publiés pour l'application de la loi de 1924. Ces chiffres sont basés sur le recensement de 1920. Ils indiquent que seulement 41 % de la population provenaient du Royaume-Uni et de Grande-Bretagne et 11 % de l'Etat Libre d'Irlande tandis que 16 % provenaient d'Allemagne. Dans l'ordre de leur importance numérique les autres pays viennent comme suit : le Canada, la Pologne, l'Italie, la Suède, les Pays-Bas, la France, la Tchécoslovaquie, la Russie, la Norvège, le Mexique et la Suisse (1).

A côté des proportions considérables d'Allemands, de Polonais et d'Italiens dans l'ensemble de la population, le chiffre représentant l'élément d'origine française comporte à peine un tiers pour cent. De ce petit nombre de

(1) *Recent Social Trends*, p. 19 et 20.

Français un observateur très qualifié nous dit qu'il n'y en a qu'une faible part occupant des situations importantes (1). Donc, l'influence des Français en Amérique est certainement bien faible.

Dans l'immigration du Canada il y a bien une partie de la province française de Québec qui est venue s'établir dans la Nouvelle Angleterre, mais les Canadiens-Français sont loin de représenter l'esprit de la France d'aujourd'hui. Tout au plus peut-on dire qu'ils forment un noyau dans la population américaine qui sympathise la plupart du temps avec toute idée politique, sociale ou autre venant de France.

En ce qui concerne ceux qui sont nés à l'étranger ou dont les ascendants directs sont étrangers, le recensement de 1930 nous donne la liste suivante des pays dans l'ordre d'importance numérique de leurs originaires. En premier lieu vient l'Allemagne, puis l'Italie. Viennent ensuite le Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Pologne, le Canada, l'Etat Libre d'Irlande, la Russie, la Suède, la Tchécoslovaquie, la Norvège, l'Autriche et la Hongrie, etc. (2).

La France est le seul pays d'Europe qui a un chiffre insignifiant dans cette immigration (3). Le recensement

(1) Roz (Firmin), *De Roosevelt à Hoover*, p. 221.

(2) *Recent Social Trends*, p. 17.

(3) Les chiffres les plus récents montrent que la France ne continue d'envoyer ses citoyens aux Etats-Unis qu'en très petit nombre. De 1921 à 1930 elle n'y a envoyé que 49.610 personnes, tandis que pendant la même période l'Allemagne en a envoyé 412.202 et l'Italie 455.315. En 1931 le contingent alloué à la France par la loi était 3.086 mais il n'y a eu que 1.226 Français qui en ont profité *Statistical Abstract of the United States*, United States Government Printing Office, 1932, p. 91 et 97.

de 1930 montre que sur la totalité de la population de race blanche née à l'étranger, 1 % seulement de la population est née en France, tandis que 12 % sont nés en Allemagne et 13,4 % sont nés en Italie. Cela tient sans doute à plusieurs causes. Les grands courants de l'immigration aux Etats-Unis se sont produits avant la guerre dans une période de régression de la natalité en France. On peut dire également que d'une façon générale le Français répugne à s'expatrier, car il aime son pays et il est content d'y rester.

En résumé, on peut dire que l'élément prédominant de la population des Etats-Unis est à peine anglo-saxon car on ne peut attribuer à l'immigration du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord avec celle de l'Etat Libre d'Irlande que 52 % de la population autochtone de 1920. Cette majorité infime de 1920 a diminué petit à petit jusqu'en 1924, année où la loi a été votée pour arrêter l'immigration. C'est donc bien à tort que nombre de personnes croient ne voir dans les Américains que des Anglo-Saxons. M. Michaud a raison de dire : « Aujourd'hui sur dix Américains il y en a « bien quatre qui sont des étrangers, pour qui la fonda-
« tion puritaine de Plymouth ou la Déclaration d'Indé-
« pendance sont aussi étrangères que le quatorze juillet
« à un Chinois » (1).

Il est vrai que les Anglo-Saxons sont l'élément directeur du pays et dominant de ce fait la culture générale. Mais c'est seulement si l'on donne sa juste place dans l'ensemble aux autres éléments que l'on est capable de comprendre l'Amérique d'aujourd'hui.

(1) Michaud, p. 16.

Il y a en France une tendance à identifier la vie américaine avec la vie anglaise. Cette identification est évidemment loin d'être exacte.

Il y a aussi une tendance à croire que les Anglais sont les meilleurs juges des Américains et à tenir comme naturellement la plus juste l'opinion qu'ils en ont. Cette tendance n'est pas moins fâcheuse. « L'Anglais est incapable de rendre justice à ce qui n'est pas anglais. Les uns, considérant les Américains comme des étrangers, les écrasent de leur mépris hautain, les autres oubliant la diversité des races amalgamées aujourd'hui dans la confédération américaine s'écrient : *Mais vous êtes des Anglais* » (1).

Il est littéralement vrai que l'Amérique est le creuset des peuples. L'Américain autochtone est presque aussi loin de l'Anglo-Saxon européen qu'il l'est des autres nations d'Europe. Il faut étudier avec précision ce qu'il est. En ce qui concerne les personnes qui sont nées à l'étranger ou dont le père ou la mère sont nés à l'étranger, le creuset n'a pas eu le temps de faire son œuvre, et pour les connaître il faut étudier leurs origines en tenant compte du nivellement opéré par la démocratie américaine.

Et dans l'ensemble on doit se garder de donner trop d'attention à l'Est. Trop d'impressions des Français sont limitées à New-York, ou à d'autres grandes villes de l'Est. Leurs voyages trop souvent ne vont guère plus loin. Comme l'a très bien dit M. Wickham Steed, ancien

(1) Nevers, *L'Ame Américaine*, Paris, Jouve et Boyer, 1900, p. 7. La même opinion a été exprimée par Chevalier déjà en 1836. *Lettres sur l'Amérique du Nord*, t. I, p. 157.

rédacteur du *Times* à un diner récent à Londres : « Je
« ne sens jamais lors de mes voyages en Amérique que
« je suis réellement arrivé dans le pays avant d'avoir
« atteint le Mississipi. En formant l'opinion générale
« américaine, le littoral atlantique ne compte guère.
« A vrai dire, il fait partie de l'Europe » (1).

Dans la population des Etats-Unis il y a 88,7 % de blancs, 9,7 % de nègres, 1,2 % de Mexicains et 0,3 % de Peaux-Rouges. Il n'y reste que 0,1 % pour toutes les autres races. Ainsi, il n'y a pour ainsi dire que deux races, la blanche et la noire. Dans cette étude sur le mariage nous laisserons complètement de côté la race noire, ainsi que les autres pour nous en tenir à la race blanche, cela pour deux raisons : d'abord, les coutumes tout à fait spéciales et d'ailleurs très intéressantes des nègres en matière de mariage (2) n'ont pas d'influence déterminante dans l'ensemble. Les blancs les regardent avec curiosité, le plus souvent avec dédain, mais nulle part ils ne les copient. Ensuite l'influence de la race noire, comme telle, est en train de disparaître par suite de deux facteurs — l'un, les nègres ne cessent de copier les coutumes des blancs et ainsi arrivent à s'identifier avec eux, l'autre, les nègres perdent petit à petit leur proportion numérique dans la population (3).

★
★★

(1) Rapporté dans le *Chicago Tribune*, édition de Paris, le 18 janvier 1933.

(2) Voir à ce sujet Puckett (N. N.), *Folk Beliefs of the Southern Negro*, University of North Carolina Press., Chapel Hill.

(3) Le taux d'accroissement des nègres entre les recensements de 1920 et 1930 était de 13,6 %, tandis que celui des blancs était de 15,7 %. *Fifteenth Census of the United States*, t. I, Population, p. 4.

Nous devons nous demander maintenant quel est l'apport de ces éléments divers de la population à la conception du mariage. Il est évident que les immigrants de chaque nation ont apporté avec eux la conception générale du mariage de leur mère-patrie. La conception des Anglais, des Ecossais et des Irlandais du Nord ne différait guère de celle des Américains autochtones ou, en tout cas, lui était bien vite assimilée. Les Irlandais de l'Etat Libre et les Italiens étaient presque tous des catholiques, tendant à se conformer à la conception catholique du mariage. Cependant les premiers avaient le sang froid des Anglo-Saxons et avaient une ferveur religieuse qui fleurait parfois la superstition. Ils partageaient le point de vue puritain des Anglo-Saxons, tandis que les derniers avaient le tempérament chaud des Latins et subissaient moins l'influence puritaine. Les immigrants allemands et scandinaves, le plus souvent protestants, apportaient, sur le mariage, des notions facilement assimilables. Ils avaient le sens de la famille un peu plus poussé que les Américains. Chez les Polonais, le mariage représentait l'adjonction d'éléments nouveaux à la famille, leur groupe familial se composant en général des personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au quatrième degré. Sa solidarité était plus grande et les enfants étaient entièrement subordonnés à leurs parents (1). Les Slaves et les Russes avaient une conception similaire.

(1) Miller (Nathan), *The European Heritage of the American Family*. Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars 1932, p. 5.

Toutes les conceptions se sont mêlées entre elles en même temps qu'elles fusionnaient avec les conceptions indigènes. Là où les immigrants d'une même nation formaient des colonies à part, comme les Allemands dans la Pensylvanie ou les Italiens dans certains quartiers des grandes villes, leurs conceptions restèrent plus longtemps pures et ne subirent pas l'influence dissolvante du « creuset ». Mais la seconde génération s'en affranchit un peu plus, car les enfants en contact avec d'autres à l'école subirent forcément l'influence d'autres idées. Il en résulta une plus grande complexité. Il y eut des retards d'évolution par-ci par-là, parmi les nouvellement arrivées, dans les endroits les plus éloignés des centres de population. L'évolution se produisant plus vite chez les jeunes, il existe souvent un tel décalage de culture entre eux et leurs parents que les enfants ne les respectent plus et manquent aux devoirs filiaux. Les jeunes se croient affranchis plus tôt, et se séparant de leurs familles, tombent souvent dans un état de dévergondage.



A côté de la complexité ethnique nous devons noter l'influence considérable de la religion.

Au point de vue de son importance numérique d'abord, près de la moitié de la population déclare ne dépendre d'aucune église constituée. D'après une statistique de 1926, ce serait le cas de 47,7 % de la population (1). Dans l'autre moitié, environ un tiers est catholique, environ

(1) *Statistical Abstract of the United States, United States Government Printing Office, 1932, p. 65.*

deux tiers sont protestants. Le nombre des juifs s'élève à plus de 4 millions de personnes (1).

Deux faits sont à retenir : en premier lieu la proportion des catholiques a fortement augmenté. Ils étaient fort peu nombreux dans les colonies, aujourd'hui ils constituent un sixième de la population. Ensuite la proportion des gens n'obéissant à aucune Eglise est plus considérable qu'on ne pourrait croire.

Le premier fait résulte en partie du grand nombre de catholiques parmi les immigrants (Irlandais et Italiens) et en partie, sans doute, du zèle ardent montré par l'Eglise pour convertir le peuple. Quant au second fait, on aurait tort de penser que les 60 millions de personnes n'appartenant à aucune religion organisée soient autant d'athées. En réalité, il n'y en a presque pas. Ces millions sont parfois des indifférents. Nous en connaissons beaucoup qui prennent une part active dans toutes les œuvres morales. Leur religion s'exprime à travers toutes les conceptions de leur esprit. Ces indifférents pratiquent la charité chrétienne selon leur conception de l'homme et de sa place dans la société.

Quelle est l'influence de ces religions sur le mariage ? Pour les catholiques le mariage indissoluble, institué par le sacrement, est la règle. Mais en pratique, il y a des nuances. Le catholique de souche irlandaise, dévot et docile, a, en général, l'esprit fermé. Parmi eux aucun n'oserait faire sienne cette parole d'un écrivain

(1) Il y en a 4.228.029 suivant Linfield (Harry S.). *The Jews in the United States, 1927. A Study of their number and distribution*, New-York, *American Jewish Committee*, 1929. Ils habitent plutôt le Nord où ils constituent plus de 5 % de la population. 36 *American Journal of Sociology*, 168,

français : « Je suis athée, mais bien entendu je suis « catholique. » Etant dominés par les autorités ecclésiastiques, ces catholiques ne rompraient jamais un lien conjugal par le divorce, mais comme ils sont assez souvent incapables de comprendre dans son essence l'idéal élevé de l'Eglise, beaucoup n'ont ni la prévoyance de préparer un tel mariage avec discernement, ni la ténacité d'y rester si, par aventure, ils s'y trouvent malheureux. Il y a donc parmi eux beaucoup de séparations, de foyers brisés, et bien souvent aussi, les époux essaient de trouver un nouveau bonheur dans une union illicite.

De l'autre côté, le catholique de souche latine montre en Amérique la même indifférence qu'il a souvent en Europe. Il bravera la censure ecclésiastique pour obtenir le divorce si sa vie est vraiment malheureuse. Cette censure n'a que l'effet d'un frein qui n'est pas toujours efficace.

En ce qui concerne les protestants, la situation est beaucoup plus nuancée et il nous faut l'examiner de plus près. Le protestantisme a été depuis le commencement et reste encore la religion dominante aux Etats-Unis. Il comporte plus de 40 millions d'adeptes aujourd'hui (1). Entre le protestantisme en France et le protestantisme en Amérique il y a une différence. En France, s'adressant à un nombre restreint, le protestantisme présente quelque chose de l'état d'âme des opprimés dont souffrent toutes les minorités. Son nom demeure encore une définition : il *proteste*. Par contre, il plane sur le protestantisme américain un air de souverain qui est maître chez lui. Il ne proteste plus, il laisse les autres protester contre lui.

(1) *Recent Social Trends*, t. I, p. XLIX.

Nous avons vu que le protestantisme des colons était imbu d'un extrême puritanisme. Vers la fin du xix^e siècle ce puritanisme commençait à perdre du terrain et aujourd'hui « il est indiscutable qu'il défend sa vie « même en tant que puissance dominante et selon « toute probabilité sa défaite est certaine » (1). Si on entend par puritanisme toute l'austérité des premiers colons, sa défaite est accomplie. « Mais quand on parle « de puritanisme aujourd'hui, il ne s'agit plus d'une « conception de vie rigide et étroite résultant, dans le « domaine de la religion, de la théologie calviniste et, « dans les choses de la cité, de l'autoritarisme théocratique. Il y a eu un déplacement des forces spirituelles « et une transvaluation des valeurs » (2). Et ce puritanisme, bien qu'atténué, reste encore à l'état latent. C'est lui qui est responsable en partie de l'idée assez courante encore que toute préoccupation sexuelle est un mal. La même opinion nous est exprimée par André Maurois : « Le puritanisme a perdu beaucoup de son prestige. « Non qu'il ne reste aux Etats-Unis des puritains farouches. Beaucoup de ceux qui se croient affranchis gardent malgré eux, sans le savoir, les réflexes de leurs « ancêtres. Mais l'influence politique et morale des « puritains est moins grande qu'autrefois » (3).

Au déclin du puritanisme, s'est ajouté, pendant les 50 dernières années le déclin de la religion et surtout

(1) Keyserling (Comte de), *Psychanalyse de l'Amérique*, 1930, p. 41.

(2) Cestre (Charles), *Les Etats-Unis*, p. 332.

(3) Maurois (André), *L'Amérique a-t-elle changé*, dans *Le Journal*, du 7 août 1933,

des traditions religieuses. Si la vraie religion est dans la recherche du bien, l'exaltation de l'esprit s'efforçant de connaître l'absolu et le parfait, reste-t-elle peut-être intacte. Mais il n'en reste pas moins évident que les conceptions fondamentales ne sont plus celles d'une autre génération. L'Américain, avec son sens pratique, tend à laisser de côté les discussions théologiques ou dogmatiques pour s'occuper de la morale, pour calmer ses inquiétudes présentes et pour chercher la paix la plus durable de son esprit ici-bas (1). L'Américain ne croit pas trouver dans ses discussions la paix que l'Européen y trouve. Tous deux cherchent la même chose sur des terrains différents.

Les auteurs de *Recent Social Trends* ont remarqué cette transformation de la base de la religion en ces termes : « Le changement le plus important est la diminution de l'autorité de la Bible et des sanctions religieuses. Tout au contraire on constate un accroissement de l'autorité et des sanctions de la science. Le monde physique tend à tuer le monde métaphysique... Si la tendance actuelle continue, il semble possible que nous soyons en présence du développement d'une nouvelle religion aussi différente du Christianisme traditionnel que ce dernier l'a été du Judaïsme » (2).

L'effet d'une telle évolution sur la conception du mariage apparaît facilement. Sa base religieuse est remplacée, dans beaucoup d'esprits, par une base pratique. Il est de plus en plus difficile pour les catholiques de rester fidèle à l'idéal de l'Eglise. Cet idéal de mariage

(1) Romier (Lucien), *Vues sur les Etats-Unis*, II, Mœurs, *Revue des Deux-Mondes* du 15 septembre 1927, p. 326.

(2) T. I, p. 290-413.

représente non seulement une union sexuelle mais une conception dans laquelle l'union sexuelle est seulement *un* des liens, un lien dont l'importance n'est pas assez grande pour que sa rupture implique nécessairement la dissolution du mariage. A côté des catholiques, la foule des protestants et surtout la foule de ceux qui ne pratiquent aucune religion bien précise, basent le mariage sur toutes sortes de considérations mais non sur des considérations religieuses. Le mariage n'est plus qu'un bon arrangement pratique auquel on peut assigner des fins selon ses goûts, ses besoins du moment, un arrangement qui doit trouver son champ d'application ici-bas et doit se justifier selon ses résultats dans cette vie. N'étant plus un sacrement il est sans effet sur la vie future.



Le mouvement en faveur du divorce se développa parallèlement à l'évolution vers une religion plus pratique, à ce déclin de l'esprit religieux dans les cadres traditionnels. Nous avons vu que le divorce existait en Amérique déjà dans la période coloniale, mais que le divorce résultait d'un *fiat* législatif ou exécutif pour chaque cas particulier. Au cours du xix^e siècle les Etats, les uns après les autres, ont transféré cette compétence aux tribunaux (1) et en général ont même inséré dans leur constitution une disposition interdisant tout divorce par le pouvoir législatif.

(1) Lichtenberger (J. P.), *Divorce Legislation*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 117.

En même temps, nous voyons dans les lois des Etats une variété extraordinaire dans les causes de divorce. Il n'y a pas un sujet sur lequel le peuple américain soit plus divisé en opinion. Cette diversité s'explique en partie par la variété dans la composition ethnique des Etats. Des éléments divers ont apporté chacun leurs notions sur ce qu'il convient de formuler en loi sur ce sujet. Le peuple a influencé ses représentants dans les parlements.

L'opinion sur la question du divorce dans les divers Etats est restée vague et changeante pendant longtemps. Par exemple la Caroline du Nord avait une loi stricte jusqu'en 1887, mais par des lois successives en 1887, 1889, 1895 et 1899 d'autres causes de divorces ont été introduites et le divorce dans cet Etat est devenu assez facile jusqu'en 1905 où une loi a été votée qui a restauré la situation primitive. Par contre, la Caroline du Sud avait avant 1878 une loi assez libérale (avec 4 causes de divorce), mais cette année une loi a abrogé complètement le divorce (1). Aujourd'hui la Caroline du Sud est le seul Etat où le divorce ne soit pas admis. L'Etat de New-York prononce le divorce pour une seule cause, l'adultère, et toutes les tentatives à l'assemblée législative d'Albany pour changer cette situation ont échoué (2). Dans des Etats, qu'on croirait plus conservateurs que New-York, comme le Connecticut et le Massachusetts, le divorce est plus libre. Dans les Etats

(1) Peck, p. 157.

(2) En mai 1934 un projet de loi ayant pour but de permettre aux tribunaux de prononcer le divorce, en cas de désertion pendant 3 ans, a échoué.

de l'Ouest, on trouve en général une liberté extraordinaire ; la plupart de ces Etats reconnaissent 10 à 20 causes de divorce parmi lesquelles se trouve souvent l'incompatibilité de tempérament.

Pour les premières périodes il n'existe pas de statistiques sur le nombre de divorces. Mais en 1887 le gouvernement fédéral a entrepris une enquête et a publié ensuite un rapport sur la situation entre 1867 et 1886 d'où il ressort que le taux des divorces était en train de monter trois fois plus vite que le taux d'accroissement de la population.

Les forces conservatrices du pays, religieuses, politiques et autres, ont poussé les hauts cris. Il fallait endiguer le flot. Depuis cette date ces mêmes forces n'ont eu que des chocs successifs pour aviver leur zèle (1).

Nous notons un accroissement graduel des divorces par rapport au nombre des mariages. Il y avait 5,5 divorces par 100 mariages en 1887, et par une augmentation constante, ce chiffre est devenu 17,3 pour 1931 (2), de sorte qu'aujourd'hui on peut dire qu'il y a un peu plus d'un divorce sur six mariages.

Le nombre total des divorces pendant les années 1930 et 1931 a diminué — probablement à cause de la crise économique — mais le nombre de mariages pendant ces

(1) Le gouvernement fédéral a fait d'autres rapports en 1906, en 1916, en 1922 et en 1931. Ce dernier rapport, qui a essayé de combler les lacunes des rapports précédents, constitue un document presque complet sur les mouvements du divorce en Amérique depuis 1886 jusqu'à nos jours. *Marriage and Divorce*, 1931, Bureau of the Census, Washington.

(2) En France, en 1930, il y avait 5,9 divorces par 100 mariages, *Statesman's Yearbook*, 1932.

mêmes années a diminué aussi sans doute pour les mêmes raisons, ce qui maintient à peu près la proportion d'un divorce sur 6 mariages (1).

Si l'on ajoute aux divorces le nombre de séparations de fait que l'on estime plus grand encore que celui de divorces, le nombre de foyers brisés serait considérable. Allant plus loin, si le divorce n'était pas accompagné d'entraves diverses, de dépenses, de dérangement, de publicité malveillante, etc., on estime qu'il y aurait une augmentation qui donnerait à peu près un divorce sur deux mariages (2).

Quel en est l'effet sur le mariage ? Sans doute la conception que l'on se faisait du mariage pendant cette période avait-elle comme conséquence naturelle ce nombre extraordinaire de divorces. Mais il est incontestable aussi que la connaissance de cet état de choses a son effet sur la conception que l'on se faisait du mariage. Les jeunes, au seuil du mariage, voyant mal réussir autour d'eux un mariage sur deux environ, s'imaginaient que normalement le même sort leur était réservé. Aussi ont-ils contracté des unions souvent mal assorties promettant peu de chances d'un bonheur durable, faisant ce raisonnement que si, par la suite, ils étaient malheureux, une porte de sortie leur était toujours ménagée. Ainsi il y avait et il y a surtout aujourd'hui enchevêtrement de causes et d'effets dans cette matière. C'est un lieu commun de dire que le lien conjugal est fragile de sa nature, que le mariage est une affaire dif-

(1) *Literary Digest*, le 22 juillet 1933, *The Falling off of the Marriage Market*.

(2) Robinson (W.-J.), *America's Sex and Marriage Problems*, New-York, *Eugenics Publishing Co*, 1928, p. 22.

ficile, et que si, par aventure, on réussit on doit se considérer comme étant né sous une bonne étoile.

Il y a à peine 50 ans, pour l'individu normal, le divorce était un fait inavouable. Les gens respectables ne divorçaient pas et n'avaient pas parmi leurs amis des divorcés.

Mais aujourd'hui l'attitude générale a changé. Quand un sixième des mariages tombent sous la hache du divorce, il n'est plus possible de considérer le divorce comme un fait honteux. L'homme ou la femme divorcés ont aujourd'hui une position sociale parfaitement régulière et possèdent un droit absolu au respect de la société. Les personnes divorcées se trouvent dans une situation normale même vis-à-vis de ceux qui désapprouvent le plus fortement le divorce (1).

Un aspect du divorce en Amérique à l'heure actuelle est son caractère nomade. La doctrine classique encore professée d'une façon à peu près générale en Amérique, veut que la compétence judiciaire n'appartienne qu'au tribunal du domicile d'une au moins des parties. Mais ce principe du droit américain est très souvent tourné en pratique. Des Etats où le divorce est impossible (comme dans la Caroline du Sud) ou difficile (comme dans l'Etat de New-York où la seule cause est l'adultère), les gens en quête de divorce vont faire un séjour plus ou moins long dans des Etats où le divorce est facile. L'Etat qui a le plus de réputation à cet égard est le Nevada, où existe dans la ville de Reno une véritable usine à divorces, montée d'équipes d'avocats pour

(1) Lindsey, p. 189.

piloter la cause, de fournisseurs qui donnent le nécessaire et de maisons de récréation (théâtre, clubs et autres) pour distraire les malheureux. Dans cette ville, en 1931, il y avait 5.260 divorces sur lesquels on estime que 5.000 étaient prononcés entre personnes venant d'autres Etats (1). Une fois rentrés dans l'Etat d'origine et remariés, ces gens, si l'on admet qu'ils n'ont jamais été domiciliés dans le Nevada, ce qui ne laisse pas de doute dans la plupart des cas, sont légalement passibles de poursuite pour bigamie. Mais une telle poursuite est délicate ; elle implique la preuve qu'un tribunal d'un Etat frère était incompétent et la police trop occupée par la répression de crimes autrement importants laisse ces gens goûter tranquillement leur bonheur. Le public est parfois indifférent à cet état de choses, mais le plus souvent il ignore le principe de la compétence des tribunaux en matière de divorce.

Le même sort a été réservé à cette autre théorie de la jurisprudence américaine, à savoir que le divorce par consentement mutuel est impossible. Comme nous dit le juge Lindsey, de Colorado : « Les avocats, les tribunaux et le peuple ont coopéré à rendre sans effet toutes les lois qui interdisent le divorce par consentement mutuel, spécialement dans le cas des couples sans enfants. Les hommes de loi savent que toute cette his-

(1) *Recent Social Trends*, p. 694. En 1931, l'Etat d'Arkansas, en créant des nouvelles causes de divorce et en raccourcissant la période de résidence préalable au divorce à 5 mois, a essayé d'enlever, au détriment de Nevada, toutes ces affaires nomades de divorces. Le Nevada, par une loi raccourcissant sa période de résidence à 6 semaines, a réduit à néant cette tentative de concurrence.

« toire de divorce n'est qu'une farce, les juges s'en doutent et tous ferment les yeux là-dessus » (1).

Pour montrer combien un divorce est chose naturelle et même ces divorces de Reno de bon ton, on n'a qu'à lire les journaux sur les épisodes successifs des divorces dans la famille présidentielle. Le jeune Elliott Roosevelt, marié depuis un an et demi, et père de famille, avait obtenu un divorce dans l'Etat de Nevada pendant l'été de 1933 pour se remarier 5 jours plus tard dans l'Etat d'Iowa, le tout avant sa majorité légale. Sa sœur, moins d'un an plus tard, a établi sa résidence dans le Nevada et elle aussi s'est vite débarrassée d'un lien conjugal trop embarrassant (2).



Pour comprendre pourquoi il y a tellement de divorces, ou en d'autres termes tellement de mariages mal assortis, il faut étudier les éléments de la vie moderne qui sont en désaccord évident avec l'idéal du mariage que la génération présente avait reçu de ses ascendants.

Pour ces derniers cet idéal était un mélange des éléments que nous avons vus : famille patriarcale, foyer composé de nombreux enfants, femme au rôle passif, soumise à « son seigneur et maître » ; ajoutons-y une

(1) Lindsey, p. 149 et 193.

(2) Voir des journaux de Paris des dates suivantes, les 9 et 13 juin, les 21 et 22 juillet 1933, les 22 et 31 juillet 1934. Cette situation a passé presque sans critique dans la grande presse. Nous ne connaissons qu'une seule voix qui s'est levée pour protester. C'est l'Evêque de l'Eglise Episcopale dans *The Living Church*, pour le mois de juin 1934.

conception romantique de l'amour avec un restant de l'esprit chevaleresque. Dans les temps modernes, trois mouvements ont produit un décalage avec cet ancien idéal du mariage. Ce sont l'urbanisation progressive de la population, l'émancipation de la femme et l'individualisme qui a produit ses effets sur les deux sexes.

D'abord pour l'urbanisation, le recensement de 1930 donne des renseignements précis.

En 1850 seulement 12,5 % de la population habitait des villes de plus de 8.000 habitants. Cette proportion a augmenté progressivement. En 1900 elle était de 32,9 % et en 1930 de 49,1 % (1). En chiffres ronds, on peut donc dire qu'aujourd'hui la moitié de la population est urbaine. Ce que nous dirons des effets de l'urbanisation ne s'applique qu'à cette moitié de la population qui a, cependant, plus que sa part dans la direction générale de l'opinion publique (2).

Quels en sont les effets sur le mariage ? Ces effets sont similaires à ceux que nous avons déjà notés au sujet de l'industrialisation du pays. La maison qui abrite la famille en ville n'est plus la même qu'à la campagne ; ici c'est une maison à l'écart avec de l'espace pour les enfants, nés ou à naître, là c'est le plus souvent un appartement, cellule qui, juste suffisante pour la famille du moment, ne le sera plus en cas de naissance des

(1) *Fifteenth Census of the United States*, 1930, vol. I, p. 9.

(2) D'après des statistiques ne visant que certains comtés qu'on a choisis comme représentatifs, ils paraît que la migration vers des villes est plus grande dans les classes supérieures de la société que dans les classes inférieures. Wilson Gee et Dewees Frank, *Qualitative Selection in Cityward Migration*, 37 *American Journal of Sociology* 254, 1931.

nouveaux membres. Il y a mieux. Dans les grandes villes, certaines maisons de rapport sont louées sous la condition expresse que le bail serait résilié de plein droit s'il arrivait un enfant dans la famille. D'autres immeubles sont divisés en cellules d'une pièce et aménagés pour des célibataires avec service de bonne et restaurant comme dans les hôtels. Le résultat est l'instabilité, la suppression du dernier refuge des Penates, l'absence des associations spirituelles qui viennent se grouper autour d'un lieu devenu cher parce qu'habité depuis longtemps.

L'urbanisation a permis également l'accumulation de grandes fortunes chez les plus forts et l'existence de la misère tout à côté.

Jadis, de Tocqueville observait que presque tous les Américains avaient de l'aisance et que toutes les fortunes étaient à peu près égales (1). Bien que, jusqu'à ces dernières années beaucoup de Français aient cru que tous les Américains étaient des « millionnaires », le contraire apparaît très nettement aujourd'hui à tout le monde. De la misère extrême à la très grande richesse tous les échelons sont représentés.

Les grosses fortunes ont été accumulées par un travail acharné doublé du sens des affaires et de l'intelligence. Dans les familles riches, les femmes et les enfants, s'il y en avait, nageaient dans une opulence à la création de laquelle ces femmes n'ont pas ou très peu contribué. Ainsi s'est constituée une classe de femmes accoutumées à ne rien faire, femmes gâtées par la vie, qui exigent voyages et distractions nouvelles tous les

(1) *De la Démocratie en Amérique*, 15^e édition, p. 83.

instants. Ainsi est née parmi les membres de cette clause l'idée qu'il est tout naturel que ce soit l'homme qui pourvoie à toutes les nécessités de la femme. Il y est obligé, d'ailleurs, aux yeux de la loi, car l'obligation alimentaire en droit américain n'est pas mutuelle comme en droit français ; elle incombe à l'homme et non à la femme.

Quoiqu'au point de vue numérique la classe opulente soit en très petit nombre, elle a une importance autrement considérable, car elle renferme les dirigeants de l'opinion publique.

Si nous considérons l'autre extrême nous voyons les familles des pauvres dans une égale situation d'instabilité. Les deux époux sont obligés de travailler et les enfants, en dehors des heures passées à l'école, n'ayant pas de mère pour les guider, tombent souvent sous le coup de mauvaises influences. Le modèle de l'union conjugale qu'ils voient ne présente guère un idéal auquel ils peuvent se conformer eux-mêmes.

Parmi les classes moyennes, qui sont en plus grand nombre, ces effets sont atténués. Mais il y a aussi des circonstances fâcheuses. Beaucoup de femmes ont su s'adapter à la vie urbaine en trouvant des occupations en dehors de leur maison, mais un certain nombre d'entre elles n'ont ni l'énergie ni l'initiative de vivre complètement. Comme leurs grand'mères, elles restent à la maison, mais tandis que leurs grand'mères avaient assez de travail pour remplir la journée, les commodités de la vie moderne ont complètement changé le train de vie de la femme d'aujourd'hui. Bien que dans la maison des classes moyennes il n'y ait guère de domestiques, la maîtresse de maison n'en souffre pas. Mille et une com-

modités les remplacent. Ce fidèle serviteur, l'électricité, cuit, lave et balaye. Le téléphone facilite l'approvisionnement, le réfrigérateur conserve les aliments, l'aspirateur débarrasse de la poussière sans effort, la chaudière centrale à mazout pourvue d'un thermostat automatique ne demande pas de surveillance. L'ingéniosité de l'Américain a surmonté tous les obstacles pour rendre sa maison à un temple de bien-être qui demande un minimum de travail d'entretien. Il en résulte, pour la femme qui n'a d'autre occupation que de garder la maison, des loisirs que les générations précédentes n'ont pas connus. Pour occuper leurs loisirs ces femmes cherchent un dérivatif en jouant au bridge, en faisant des choses aussi puériles et aussi inutiles les unes que les autres. Au lieu de vivre, elles végètent ou elles croient vivre en musardant et en perdant leur temps en frivolités. Les femmes de cette sorte sont, à vrai dire, en très petit nombre, mais sans pouvoir en préciser la proportion, elles sont, en tous cas, trop nombreuses.

En général, leurs ménages ne sont pas heureux. Parfois, elles se trouvent mariées à des hommes fortunés qui n'ont pas plus qu'elles à occuper leur temps. Alors les deux égoïsmes se dressent l'un contre l'autre. Mais si elles se trouvent mariées à des hommes sans fortune leurs maris, pour maintenir l'aisance qu'elles exigent, sont sous le joug constant du travail et bientôt ils s'irritent de peiner sans trouver chez leurs épouses la coopération éclairée et sympathique qu'ils attendaient, « ce
« avec quoi on résiste à un monde amer, arbitraire et
« que l'on comprend mal » (1).

(1) Llewellyn (K.-N.), *Behind the Law of Divorce*, 52 Col. L. R. 1294. L'attitude que nous observons chez certaines femmes a fait en

Tout compte fait, la grande majorité des femmes américaines travaillent. Entre 1900 et 1930, le nombre de femmes travaillant, célibataires et mariées, a doublé, et si on ne considère que les femmes *mariées* qui travaillent, le nombre en a quadruplé. L'impression est courante aujourd'hui qu'un nombre de plus en plus grand de femmes mariées cherchent un emploi et que des femmes déjà employées, qui viennent à se marier, cherchent de plus en plus à conserver leur emploi après le mariage (1).

La vie courante n'est pas encore organisée de façon à ce qu'une femme puisse partager son temps entre sa maison et son emploi. Mais en Amérique on fait de sérieux efforts pour changer cette situation. Il y a des associations qui s'efforcent de faire réserver à l'intention des femmes ayant un foyer, les emplois auxquels il n'est pas essentiel de consacrer tout son temps. En somme, la situation quant à ces femmes s'améliore quoiqu'assez lentement.



Étudions maintenant l'émancipation de la femme, cet autre facteur de bouleversement des anciennes conceptions du mariage et du décalage qui existe entre l'idéal d'autrefois et les faits d'aujourd'hui.

Nous avons à peine besoin d'insister sur les détails de l'émancipation de la femme américaine. Tout ce

1924 l'objet d'une thèse remarquable à l'Université de Columbia, qui a d'autant plus de valeur que l'auteur en est une femme. Pruette (Lorine), *Women and Leisure, A Study of Social Waste*, New-York, Dutton, 1924.

(1) *Recent Social Trends*, p. 714 et 715,

qu'ont écrit les auteurs français depuis longtemps sur ce sujet en souligne l'importance. Depuis de Tocqueville, Michel Chevalier et Paul Bourget jadis, jusqu'à André Maurois, André Siegfried, Marcel Brunschvig, Régis Michaud, Nevers et Keyserling aujourd'hui, la France n'a pas cessé d'entendre parler de l'indépendance et de la complète émancipation de la femme américaine, les uns l'admirant pour prêcher une semblable émancipation pour la femme française, les autres la méprisant pour écarter son influence en France. Un succès complet n'a souri ni aux uns ni aux autres.

Les causes de l'émancipation de la femme remonte loin. La Révolution française a donné le branle au mouvement démocratique. Avec la naissance de la démocratie américaine il était devenu impossible d'opposer une réponse logique aux demandes des femmes pour des droits successoraux égaux, pour la capacité contractuelle, pour l'égalité dans les professions libérales et pour le vote (1). Pendant la grande guerre, elle a vite montré ses capacités et son intelligence, et les soldats sont rentrés chez eux pour voir la plupart des situations et des plus belles, accaparées par les femmes (2).

Les effets de l'émancipation de la femme sur le mariage sont faciles à comprendre. La femme n'est plus

(1) Elle avait déjà reçu un droit égal dans les successions dans la plupart des colonies avant 1776. La capacité contractuelle lui a été octroyée dans les divers Etats vers la fin du XIX^e siècle ainsi que l'égalité dans les professions libérales au seuil du XX^e siècle. Elle a reçu le droit de vote par le XIX^e amendement à la constitution en 1920.

(2) Voir une esquisse de l'émancipation de la femme dans Russell, *Marriage and Morals*, Londres, George Allen and Union Ltd., 1929, pp. 55 et suiv.

soumise à l'homme. Elle dispose de son argent, et certes elle a la possibilité d'en gagner. « Nulle part cette indépendance n'a été poussée aussi loin. Avec elle a disparu la vieille division du travail d'après laquelle l'homme remplissait la caisse et la femme gardait la « clef » (1). Ce n'est plus une tête qui dirige l'unité familiale, mais bien deux. Si les deux ne sont pas d'accord il y a risque réel de séparation aujourd'hui, là où dans le temps il n'y avait pas de risque appréciable (2).

L'émancipation de la femme est même allée si loin que l'on parle aujourd'hui sérieusement de la supériorité des femmes sur les hommes, supériorité en culture surtout. Ceux qui en parlent sont pour la plupart des Français qui écrivent sur l'Amérique (3). Pour notre part, cela nous paraît une vérité toute relative (4). En moyenne, en Amérique, la femme reçoit une instruction plus semblable à celle de l'homme qu'en France.

En tout cas, si la femme américaine n'a pas plus d'instruction que l'homme, elle raisonne sur tout. Son

(1) Firmin Roz, *L'Evolution des Idées et des Mœurs Américaines*, Paris, Flammarion, 1931, p. 221.

(2) Les inconvénients de l'émancipation de la femme sont dépeints par une main de maître dans le roman anglais récent, *Women Must Work*, par Richard Aldington, Londres, Chatto and Windus, 1934.

(3) Nevers, *L'Ame Américaine*, t. II, p. 172 ; Romier (Lucien), *Vues sur les Etats-Unis*, t. II, Les Mœurs, *Revue des Deux-Mondes* du 15 septembre 1927, p. 328.

(4) C'est un fait que plus on remonte les échelons dans le système d'éducation plus les femmes deviennent rares. En 1930, 58 % des étudiants aux « colleges » américains étaient des hommes. Parmi ceux qui ont obtenu le doctorat dans cette même année il n'y avait qu'une femme sur six hommes. *Recent Social Trends*, t. I, pp. 342 et 343.

admission à toutes les études comme à toutes les carrières la rend plus indépendante que la femme européenne, et elle a plus conscience de la place qui doit lui revenir dans le domaine de la pensée et dans celui de l'action.

Mais la vérité sur cette question n'importe pas autant que ce que chacun tient en soi-même pour vrai. Souvent la femme se croit supérieure, et dans certains domaines les hommes l'acceptent ainsi. Un de ces domaines est justement celui où les deux sexes se rencontrent le plus intimement. Le professeur Michaud nous dit :

« Il y a longtemps que les bons psychologues ont signalé
 « aux Etats-Unis (où notre Stendhal déclarait que la
 « cristallisation était impossible) l'existence d'une étrange
 « inversion sexuelle, résultat de l'inégalité des cultures,
 « et qui met l'homme en état d'infériorité devant la
 « femme. L'Américaine n'a pas seulement sur le mâle
 « l'avantage de ses charmes et de sa beauté, il semble
 « également qu'elle ait celui de l'intelligence et de l'in-
 « tuition sexuelle. Pris et étourdi par les affaires,
 « esclave d'une vie dure, l'Américain est plutôt obtus
 « et ignorant en amour, il est comme on dit là-bas
 « *sexuellement inférieur* (*undersexed*). L'Américaine
 « sait tirer parti de sa gaucherie, de sa timidité et du
 « respect chevaleresque qu'il lui porte. Aussi est-ce elle
 « qui conduit le jeu en amour et qui mène l'homme où
 « bon lui semble par les mille nuances du flirt, cet anes-
 « thésique de la passion. En Amérique c'est vraiment
 « la femme qui fait l'homme *for better or for worse* ;
 « pour tant pis tant mieux » (1).

(1) *Ce qu'il faut connaître de l'Ame Américaine*, Paris, Boivin, 1929, p. 100,



Nous en arrivons maintenant au mouvement individualiste. Ce mouvement va de pair avec les autres des temps modernes. Plus que jamais chaque membre de la famille gagne son argent, entretient son budget personnel et en fait ce qu'il veut. C'est là un effet de l'industrialisation du pays et de l'urbanisation de la moitié de la population. Ici encore il y a enchevêtrement de cause et d'effet. C'est un cercle vicieux. Si l'industrialisation et l'urbanisation ont augmenté l'individualisme, le désir d'être indépendant, de mener sa vie à sa guise a été, en partie au moins, responsable de la ruée vers les villes.

L'individualisme moderne se manifeste dans beaucoup de domaines et il a des conséquences sur le mariage à plusieurs points de vue. Chacun ayant ses goûts particuliers, ses affaires spéciales et sa conception propre de ce qu'il veut, la famille a moins de cohésion qu'en France. A ce sujet, M^{me} Cazamian nous dit : « La dispersion fréquente des membres d'une même famille « reste, pour un Français, une cause de surprise. Le fils « fera ses études dans tel collège et la fille dans tel « autre, tous deux sont loin de leurs parents ; deux « frères ne fréquentent pas la même école ; et tout aura « été pesé dans ce choix, y compris le succès sportif « de l'établissement, excepté la considération de proximité. Les enfants passent leurs vacances dans quelque « camp, pendant que leur père et leur mère voyagent « ou gardent la maison. Pour une question d'affaires, « de santé ou de plaisir l'on part seul pour la Floride, « la Californie ou l'Europe. Beaucoup de jeunes gens

« et de jeunes filles, dans les milieux aisés ou riches,
« passent une ou plusieurs années d'études dans quel-
« que contrée du vieux monde. Le mari et la femme
« vont, séparément, résider chez leurs parents respec-
« tifs ou bien pendant que l'un explore le continent
« africain, l'autre réside en Italie » (1). Les enfants,
habituels à ces séparations, vont de même se séparer
une fois grands et mariés.

« Tout doit plier devant ce désir de l'individu de
« mener sa vie à sa guise. Le péché impardonnable du
« mariage est de gêner et de mettre obstacle à l'épa-
« nouissement complet de la personnalité de son par-
« tenaire » (2). Non seulement les époux n'hésitent pas
à se séparer l'un de l'autre, mais la présence d'enfants
ne les attache guère plus au foyer. L'opinion est deve-
nue courante que le sacrifice des parents aux enfants
n'est pas plus légitime que celui des enfants aux
parents (3).



Une des plus grandes surprises dans l'évolution toute
récente des mœurs américaines est le changement qui
s'est opéré dans les attitudes envers la morale sexuelle.
La tradition a légué à l'Amérique comme à la France un
modèle pour la conduite à tenir dans cette matière,
auquel on ne se conforme pas nécessairement en pra-
tique, mais par rapport auquel on se permet de juger
ses voisins : les jeunes gens et les jeunes filles sont cen-
sés arriver au mariage sans aucune expérience sexuelle.

(1) Cazamian, p. 198.

(2) Brunshvig (Marcel), *La Vie Américaine et ses Leçons*, Paris,
Colin, 1931, p. 105.

(3) Collins (Joseph), *The Doctor looks at Marriage and Medicine*,
New-York, Doubleday, 1929, p. 32.

Une fois mariés l'homme et la femme sont censés être fidèles.

Dans les milieux d'esprit traditionnel on juge sans doute encore la conduite sur ce modèle. Mais un grand nombre de personnes pensent tout autrement.

Sur le compte des célibataires un concert de témoins s'accorde à nous indiquer le relâchement croissant des mœurs. Un médecin parlant de la fréquence des maladies vénériennes estime que la moitié des jeunes gens entre 21 ans et 30 ans sont infectés (1). Des renseignements précis à ce sujet n'existant pas, cette impression peut être exagérée, mais en tous cas si l'on ajoute à ce nombre ceux qui ont eu des rapports et ont échappé à la maladie, on peut juger par soi-même que la proportion des jeunes gens purs est très faible.

Les façons de faire des jeunes dans leurs rapports sociaux viennent à l'appui de cette opinion. Le professeur Michaud nous parle des « parties de caresse » des « parties de sauvages » qui feraient se voiler la face à un Puritain, et du *strip-poker* où les partenaires font abandon comme enjeu de leurs accessoires de toilette et sortent dans la tenue d'Adam et Eve au paradis (2). Un autre témoin, non moins impartial, nous dit qu'à travers toute l'Amérique, dans toutes les classes « on pratique le culte du plaisir, et les jeunes gens bien entendu « avec plus d'ardeur que les autres ; on danse avec « frénésie ; les parties fines, les tentations spéciales de « l'alcool..., les promenades sentimentales en automo-

(1) Dr. Bundesen, Commissaire de Santé de l'Etat d'Illinois, dans un rapport fait à la Législature d'Illinois, cité par Lindsey, p. 187.

(2) *Dans ce qu'il faut connaître de l'Ame Américaine*, Paris, Boivin, 1929, p. 101.

« bile, et tout ce qui s'ensuit, le flirt en honneur dès
 « les bancs de l'école et porté parfois jusqu'aux der-
 « nières extrémités, les désordres et les drames qui en
 « résultent sont autant de faits... qu'on n'a plus le droit
 « de traiter légèrement » (1).

Pour le compte des gens mariés le juge Lindsey nous
 disait déjà en 1927 : « Il était un temps où je ne ren-
 « contrais jamais ou presque jamais un couple marié
 « qui, en théorie, ne tint pour principe que la fidélité
 « absolue dans le mariage était une chose *sine qua non*,
 « que c'était une chose indiscutable et que tout époux
 « qui se départait de cette règle péchait contre la société
 « et vis-à-vis de l'autre partie... Après le mariage, le
 « couple, en théorie, abandonne toutes relations exté-
 « rieures. Quand il y avait violation on admettait sans
 « restriction que c'était mal et coupable. On ne disputait
 « point qu'il pût en être autrement. Maintenant, non
 « seulement on commet l'adultère, mais on le défend, on
 « essaie de le justifier. On affirme qu'on ne voit pas
 « pourquoi il ne serait pas compatible avec le mariage
 « ou même pourquoi il ne l'améliorerait pas considéra-
 « blement » (2).

*
 ★ ★

Les attitudes envers la morale sexuelle ont été influen-
 cées beaucoup pendant la dernière décade par la prati-
 que de néomalthusianisme, ce que les Américains appel-
 lent le « *birth control* » (contrôle des naissances) (3).

(1) Cazamian, p. 213.

(2) Lindsey, p. 20.

(3) Voir Chachuât (Maurice), *Le Mouvement du « Birth Con-
 trol »*, dans les pays Anglo-Saxons, avec une préface par Edouard

Le contrôle des naissances ! N'a-t-on pas depuis longtemps contrôlé les naissances en France, sans sentir le besoin de le crier sur tous les toits ? Le législateur français a pu rendre illégal toute manœuvre anticonceptionnelle (1) et favoriser les familles nombreuses par la législation sociale ; des associations philanthropiques et une bonne partie de la presse peuvent faire une propagande contre la dépopulation, mais le Français moyen continue tranquillement à limiter sa progéniture en employant pour cela les moyens matériels ou autres dont il dispose. Il ne crie pas tout haut ce qu'il fait dans l'intimité de son foyer — c'est là un aspect spécial de la pudeur française — au lieu de parler franchement, il se sert plutôt de ce mensonge courant, à savoir qu'il a très peu d'enfants parce que Dieu ne lui en a pas envoyé d'autres.

Lambert, professeur à la Faculté de Droit de Lyon, thèse, Lyon, 1934.

(1) Par la loi du 31 juillet 1920. Cette loi a fait l'étonnement des Américains. Jusqu'à 1920, l'Américain a toujours considéré que la France était non seulement le pays de la liberté dans cette matière mais encore que les mères françaises ne manquaient pas d'enseigner à leurs filles avant le mariage le moyen d'éviter une famille trop nombreuse.

Depuis 1920, cette loi a été l'objet des certaines critiques venant des éléments les plus divers du peuple français mais sans pour cela réussir à la faire abroger. A la Chambre des Députés, le projet de loi Clamamus de la Session de 1935, qui avait pour but, entre autres, d'abroger cette loi, a échoué. Contre la loi se dresse la propagande de l'Association d'Etudes Sexologiques, d'inspiration médicale, la Ligue Mondiale pour la Réforme Sexuelle sur une base Scientifique, d'inspiration sociale, et les périodiques suivants : *Le Problème Sexuel*, 5, avenue Victor-Emmanuel-III, Paris, *La Grande Réforme*, 14, rue de la Duée, Paris et *l'En Dehors*, 22, Cité Saint Joseph, Orléans.

Mais ce qui se passe ainsi en France a revêtu une autre importance en Amérique à cause du fond de puritanisme et de pudibonderie hypocrite.

A peu près rien n'avait été écrit sur ce sujet (1) et le public ne se doutait presque pas encore de l'existence des moyens de contrôler les naissances quand, en 1873, le Congrès à Washington, sous l'impulsion d'un nommé Comstock a voté ce qu'on appelle la loi sur l'obscénité (2), dont l'objet est d'interdire le transport par la poste (3) de toute publication, article ou instrument d'un caractère obscène. Dans l'énumération de ces articles, la loi mentionne spécifiquement tout article, instrument, drogue ou objet quelconque dont le but est d'empêcher la conception. Cette loi est encore en vigueur. L'ombre de l'obscénité ainsi jeté par la loi sur ce sujet, comme elle l'est encore aujourd'hui dans une large mesure sur tout sujet sexuel, est typique de l'attitude puritaine et hypocrite.

Le mouvement pour le contrôle des naissances a trouvé un défenseur intrépide dans la personne d'une

(1) Deux Anglais, Francis Place et Robert Dale Owen, avaient écrit sur ce sujet au commencement du XIX^e siècle. Un seul Américain, Charles Knowlton, avait publié, en 1832, ses « *Fruits of Philosophy* », qui avait peu d'influence. Voir pour l'histoire de ce mouvement Himes (Norman E.), *Birth Control in Historical and Clinical Perspective*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 49 et *Medical Aspects of Human Fertility*, par le *National Committee on Maternal Health*, New-York.

(2) Section 211 Penal Laws of the United States.

(3) Cette manière indirecte de supprimer un commerce en le gênant que le Congrès emploie ici est le résultat du cadre constitutionnel dans lequel le Congrès est obligé de se mouvoir. Le Congrès, selon la

infirmière, M^{me} Margaret Sanger (1). Elle a été très gênée dans ses débuts par des arrestations de son personnel, la saisie de ses produits sous des lois locales diverses et aussi par cette loi fédérale sur l'obscénité. Mais ce qui a été condamné ainsi par la loi et par l'opinion publique a, depuis quinze ans, remporté de brillantes victoires. Les unes après les autres, des organisations religieuses (2), politiques (3), médicales (4), hostiles au début, ont changé d'avis et on peut dire maintenant que le contrôle

Constitution, n'a pas de compétence pour légiférer directement sur le sujet de *Birth Control*, tandis qu'il a la compétence nécessaire pour réglementer un système postal. Voir article 1^{er}, Section VIII et le X^e amendement de la Constitution et *infra*, chapitre sur le Cadre dans lequel se meut le Mariage, Institution juridique, p.

(1) On a beaucoup écrit aujourd'hui sur ce sujet. Voir *A Guide to Literature on Birth Control*, par Norman E. Himes, Londres, Noel Douglas, 1932 ; *Birth Control*, par le reverend Dr. Worsley-Boden, Londres, Noel Douglas ; *My Fight for Birth Control*, par Margaret Sanger, New-York, Farrar et Rinehart, 1931. Margaret Sanger édite à New-York le *Birth Control Review*. Il y a aussi d'excellents manuels médicaux : Dickinson et Bryant, *Control of Conception*, Baltimore, Williams and Wilkins, 1931 ; Dr. Himes annonce la publication prochaine d'un volume sur le *Medical History of Contraception*.

(2) Parmi les plus importantes sont les suivantes :

Federal Council of Churches of Christ in America, qui représente 22 millions de protestants ; Special Commission of the Presbyterian Church in America ; Legislative Committee of the Ethical Culture Society ; Central Conference of American Rabbis ; American Unitarian Association ; Universalist General Convention ; Board of Managers of Five Point Mission ; Community Church of New-York ; Woman's Alliance of the First Unitarian Society of Minneapolis.

La seule voix importante qui est en désaccord complet avec ce mouvement est celle des Catholiques. L'encyclique sur le mariage

des naissances, par suite des conseils médicaux des cliniques (1), est un fait qui restera permanent dans la vie américaine.

Il est à remarquer que le but de ce mouvement n'est pas uniquement des manœuvres anticonceptionnelles, mais aussi la guérison de l'impuissance et de la frigidité dans les cas où cela est nécessaire. L'influence est à la fois positive et négative. Les conseils anticonceptionnels sont réservés aux cas où la santé de la femme serait compromise par un nouvel accouchement.

Que l'on soit en accord ou non avec ce mouvement, il faut reconnaître qu'il a eu une grande influence sur le mariage. Un des auteurs le plus connu sur le mariage met le mouvement du « *birth control* » sur le même plan

chrétien « *casti connubii* » du 31 décembre 1930. Voir p. 50 de la traduction française de l'*Action Populaire*, édition Spès, Paris.

(3) Pour n'en mentionner que quelques-unes : National Women's Trade Union League ; Civic Club ; Portia Club ; New-Jersey Women's Republican Club ; New-York League of Women Voters ; New-York League of Women Workers ; The American Civil Liberties Union.

(4) American Medical Association ; American Orthopsychiatric Association ; National Association for Study of Epilepsy ; The Medical Women's National Association ; State Board Medical Examiners of Georgia ; Delaware State Board of Health ; Medical Board of the Babies Hospital ; Hawaii Territorial Medical Association.

(1) Il y en avait 120 aux Etats-Unis en 1932. *Medical Aspects of Human Fertility, A Survey and Report of the National Committee on Maternal Health Inc.*, New-York, 1932, p. 8. Ces cliniques tiennent des archives complètes qui donnent des renseignements précis non seulement médicaux, mais aussi sociaux. Voir Robinson (C.-H.), *Seventy Birth Control Clinics*, Baltimore, Williams and Wilkins, 1930.

dans son influence sur l'institution de la famille que l'invention de la machine à vapeur et que l'appartement urbain (1).

Le mouvement pour le contrôle des naissances souffre du manque de franchise et de l'hypocrisie qui sont des concomitants usuels du puritanisme. Si tout pouvait être dit ouvertement et sainement on aurait des lois en conformité avec le sens général de l'opinion publique, mais l'atmosphère de répression sous couleur d'obscénité s'y oppose. Si une majorité veut quelque chose, mieux vaut la lui accorder avec une réglementation éclairée, que la lui refuser en la livrant aussi à la merci d'un produit de contrebande. L'exemple de la prohibition des alcools en Amérique est instructif à cet égard. Comme on avait eu du « *bootleg* » whisky on a maintenant encore un produit « *bootleg* » dans le contrôle des naissances. Sans une réglementation bien avisée il y a des abus. Les renseignements anticonceptionnels sont répandus parmi ceux qui n'en ont pas besoin et produisent des excès sexuels. Les personnes les plus intelligentes, celles sur lesquelles la nation peut fonder les plus grandes espérances, limitent couramment le nombre de leurs enfants, tandis que les tarés de l'humanité, les pauvres qui ont déjà trop d'enfants pour leur bourse, les défectueux de toutes catégories pullulent et remplissent les prisons et les hôpitaux.

Quoi qu'il en soit, ce mouvement, aussi bien que les autres que nous avons notés, a fortement modifié les opinions les plus courantes dans le domaine sexuel. Le

(1) Rich, p. 31.

livre *Recent Social Trends* a essayé en classant les articles de toute la presse américaine de nous faire voir les tendances dans les opinions courantes. Les conclusions auxquelles il arrive ne sont naturellement pas d'une exactitude absolue mais constituent néanmoins les meilleurs renseignements que nous possédons. Voici quelques-unes de ces conclusions (1) : les opinions concernant le mouvement de contrôle des naissances sont en majorité favorables. Les opinions concernant la liberté sexuelle — la liberté pour les époux d'avoir des rapports sexuels avec d'autres personnes — ont subi des variations qu'il est difficile d'expliquer, mais qui montrent que l'opinion publique est sujette à un perpétuel changement. De 1915 à 1918, 23 % des opinions étaient en faveur de la liberté, de 1919 à 1921 seulement 5 %, mais de 1922 à 1929 pas moins de 56 % des opinions de la presse s'exprimaient en faveur de la liberté, et pendant les années 1930 et 1931 un recul a ramené ce chiffre à 33 %. Le nombre de personnes qui, en 1905, avaient exprimé le désir d'avoir des enfants avait diminué de 66 % en 1930 et 1931. Par contre, les opinions en faveur du mariage et de la vie de famille, après avoir subi un déclin continu entre 1905 et 1920, ont augmenté depuis 1920 au point de représenter en 1930 le double du chiffre de 1905. Des mentions des bases de la vie de famille — comme la camaraderie, la loyauté, la compréhension, l'affection, la sympathie, l'accommodement, l'intégration et la coopération avaient doublé leur fréquence entre 1905 et 1914 et en 1930 l'avaient triplée.

Il est évident que l'institution du mariage en Amérique

(1) P. 415-422.

après avoir subi des influences diverses qui en ont changé la conception fondamentale, est aujourd'hui dans un état d'incertitude. Il aurait pu sembler à un étranger au moment de la marée haute de l'opinion publique en faveur du libertinage, entre 1922 et 1929, que les mœurs allaient substituer au mariage traditionnel une autre forme d'union entre les sexes. Mais le respect de la tradition, qui est l'héritage d'au moins la moitié des Américains de souche anglo-saxonne, l'a remporté, et aujourd'hui le mariage légal en tant qu'union exclusive d'un homme et d'une femme sous réserve d'une assez grande facilité de divorce est le type qui reçoit l'approbation générale du public.



Pendant ces dernières années l'Amérique semble avoir nettement conscience d'un mal qui ronge ses mœurs. Elle est inquiète pour l'avenir. La réaction, qui est typiquement américaine, consiste à pourvoir directement au traitement de ce mal tel qu'on le conçoit. La littérature américaine foisonne de remèdes. De toutes parts viennent les opinions. Des psychologues, des sociologues, des *social workers* (1), des médecins, des pas-

(1) Ce personnage, à peine connu en France sous les noms d'assistante sociale, de surintendante d'usine ou de travailleuse sociale, mérite de l'être beaucoup plus. Il est un sociologue pratiquant. Il est par rapport au sociologue ce qu'est le cultivateur au professeur d'agriculture. Sa profession libérale a pour but de réintégrer les épaves de la société dans la vie normale. Sa tâche consiste à édifier les œuvres charitables, soit religieuses, soit laïques, sur une base scientifique sociologique. Voir l'excellente thèse de Renée Jeanty, *L'Assistante Sociale*, Paris, 1931 ; Pedone Odenerantz, *The Social*

teurs de toutes les nuances, des ecclésiastiques catholiques, des juristes, tous écrivent des livres et des articles de presse, font des discours, organisent des conférences contradictoires.

Et à l'horizon a fait son apparition le « conseiller en mariage », un professionnel qui, comme l'avocat, le conseiller d'affaires ou le médecin, offre ses services pour remédier au mal dont sa clientèle peut se plaindre (1). Mais jusqu'ici ces conseillers ne cherchent pas à réaliser des bénéfices. Parfois ce sont des pasteurs qui partagent leur temps entre leurs conseils en mariage et leur travail pour l'église. D'autres font partie d'une œuvre philanthropique ou sont attachés à une école ; d'autres encore ont créé des instituts, libres de tout esprit de lucre, qui ressemblent aux associations reconnues d'utilité publique en France (2). Le pionnier en est

Worker, Harper Bro's, New-York et Londres, 1929 et Comptes rendus de la Première Conférence du Service Social, Paris, 8-13 juillet 1928, 3 volumes. Ligue des Sociétés de Croix-Rouge, Paris, 2, avenue Velasquez.

(1) Ce mouvement a été un reflet du même mouvement en Allemagne où il y avait en 1932 plus de 200 bureaux dont l'objet était de donner des conseils pour le mariage. Voir Bridgeman (Ralph P.), *Guidance for Marriage and Family Life, Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 144.

En Amérique comme en France il y a des périodiques qui consacrent quelques pages à la correspondance posant des problèmes personnels dans ce domaine et dans un prochain numéro une réponse est donnée par un conseiller professionnel, ou parfois par d'autres abonnés. Deux services de ce genre (Dorothy Dix et Beatrice Fairfax) ont une correspondance volumineuse et les réponses sont publiées un peu partout par les syndicats de la grande presse quotidienne.

(2) On a compté, en 1933, 35 de ces instituts. 38 *American Journal of Sociology* 875.

The Institute of Family Relations de Los Angeles en Californie (1). Ses statuts ne permettent pas de bénéfices. Son directeur, Dr. Paul Popenoe, est un biologiste spécialisé dans les questions d'hérédité et d'eugénisme (2). Le personnel de l'Institut comprend des médecins, des infirmières, des sociologues et des psychologues.

Le service personnel offert aux jeunes fiancés comporte un côté intellectuel et un côté physiologique. Le conseiller étudie leur histoire personnelle, celle de leur famille, recommande des livres à lire pour que les jeunes gens aient une compréhension plus complète de la base sociale et biologique du mariage, et une connaissance approfondie de la physiologie et psychologie des relations sexuelles (3). En somme on leur fait un petit cours surveillé. Le côté physiologique comporte un

(1) Voir les articles suivants concernant cet institut : Bridgeman (Ralph P.), *Guidance for Marriage and Family Life*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932 ; Brown (Helen Weigel), *A Marriage Clinic*, *North American Review*, août 1931 ; Greeves-Carpenter (C.-F.), *A Sane Approach to Romance*, *Forecast Magazine*, octobre 1933 ; Jacobs (Mary), *Making Marriage a Success*, *Young Men*, novembre 1932 ; Popenoe (Paul), *The Marriage Clinic*, *Parents' Magazine*, avril 1932 ; Popenoe (Paul), *How can Young People get Acquainted ?* ; *Journal of Social Hygiene*, 18 (4) ; 218-224, avril 1932.

(2) Voici quelques-uns de ses livres : *Applied Eugenics*, 1918 ; *The Child's Heridity*, 1925 ; *Modern Marriage, a handbook*, 1925 ; *The Conservation of the Family*, 1926 ; *Practical Applications of Heridity*, 1930.

(3) Ce sont là des sujets qui, normalement, doivent retenir l'attention des jeunes au sein de leurs familles. Mais les parents en Amérique ne se sont jamais appliqués sérieusement à donner une telle instruction, dans le temps en raison de la pudeur nourrie du puritanisme, et maintenant en raison de leurs vies trépidantes, et l'absence des enfants la plupart du temps loin du foyer.

examen complet par un médecin afin de prévenir les maladies vénériennes, l'impuissance, la stérilité ou l'incapacité chez la femme d'accoucher par suite de malformations physiques. Si l'on se marie après cela on se marie les yeux ouverts.

L'objet est de concentrer sur les problèmes de la famille toutes les données des autres disciplines de l'esprit. Le travail est organisé en trois divisions : l'éducation physique, conférences, etc..., les services personnels, conseils, etc..., et les recherches.

Un autre institut dont le champ est un peu plus vaste c'est l'*Institute of Euthenics* (1) à Vassar College. C'est une école d'été dont les cours durent 15 jours et auxquels assistent tous les membres de la famille. Ils comprennent la psychologie et de l'enfant et des adultes, les problèmes de la famille, etc... Dans ce dernier cours, toute la réglementation officielle du mariage et les facteurs intérieurs, comme la psychologie de l'amour, le *birth control* sont discutés, les assistants posant des questions tirées de leur vie personnelle.

Dans certaines institutions d'éducation il existe des bureaux de consultation ouverts au public (2) ; dans la plupart des universités il existe des cours où les problèmes de la famille sont traités (3). Aussi, dans ces

(1) Ce mot « Euthenics », d'origine grecque, est défini en anglais comme l'application de la science et de l'art à l'amélioration de la vie.

(2) On peut citer Family Consultation Bureau of the Child Development Institute, Teachers College, New-York et Advisory Service, Merrill-Palmer School, Detroit (Michigan).

(3) Parfois un cours spécial en mariage et en sociologie de la famille est professé. C'est le cas à Butler University où un groupe de professeurs, comprenant un pasteur, un avocat, un psychologue et

institutions il y a en général, indépendamment de tout cours, un conseiller personnel pour chacun des deux sexes : le doyen pour hommes et la doyenne pour femmes. Aussi peut-on dire que l'inquiétude générale pour l'avenir de la famille en Amérique a amené une nouvelle orientation des études afin de traiter des problèmes de mariage dans plusieurs cours qui les touchent de loin ou de près. Par exemple, dans la comptabilité on traite le budget de famille et la répartition équitable de l'argent entre ses membres ; dans le cours de psychologie on traite l'acte de génération, etc. (1).

De même que dans les institutions d'éducation nous trouvons des professeurs comme conseillers en mariage, de même dans la vie religieuse nous trouvons prêtres et pasteurs. L'Eglise catholique en Amérique a subi l'influence du milieu, et ses disciples font de leur mieux pour défendre l'idéal du mariage tel qu'il est compris par eux. Dans les séminaires catholiques tout comme dans les institutions laïques, on voit de plus en plus l'introduction des cours concernant le mariage et la famille (2) et les organisations sociales catholiques discutent de plus en plus les problèmes du mariage (3). La

un médecin se succèdent dans les conférences sur ce sujet : *New York Herald*, Paris, le 5 février 1933.

(1) Voir Popenoe (Paul), *How can Colleges Prepare their Students for Marriage and Parenthood ? Journal of Home Economics*, mars 1930, t. XXII, p. 169.

(2) Pour l'usage des étudiants de ces cours, le père Edgar Schmiedeler a publié en 1930 un manuel, *An Introductory Study of the Family*.

(3) Il en est ainsi notamment des organisations suivantes : The National Catholic Welfare Conference, The Catholic Rural Life Conference, The Catholic Conference on Industrial Problems, The Natio-

tâche des catholiques n'est pas facile. Il est difficile de savoir quels sont les résultats de leurs efforts. Nous ne possédons pas de statistiques quant au nombre de catholiques qui divorcent, mais nous avons les rapports des cliniques de *birth control* de New-York d'où il résulte que le nombre de leurs clients catholiques est dans la même proportion que le nombre des protestants et des juifs par rapport à leur importance numérique dans la population (1).

Quant aux protestants, le pasteur le plus souvent offre ses services librement au public comme conseiller en mariage. La valeur de ce service dépend entièrement du pasteur en question. Dans le temps, ses conseils étaient imprégnés un peu trop de considérations ecclésiastiques sans base scientifique, mais aujourd'hui certainement cela a changé dans une certaine mesure. Les pasteurs cherchent de plus en plus à donner des conseils pratiques basés sur les expériences des sciences sociales. A leur intention il existe un manuel rédigé pour tous ceux qui sont amenés à conseiller des jeunes gens dans cette matière (2) et d'autres livres ne leur manquent pas (3).

nal Council of Catholic Women. Voir notes dans 36 *American Journal of Sociology* 993, 1931. 37 *American Journal of Sociology* 942, 1932 et 38 *American Journal of Sociology* 873, 1933.

(1) Sanger (Margaret), *My Answer to the Pope on Birth Control*, *The Nation*, le 27 janvier 1932.

(2) *Preparation for Marriage*, A Handbook edited by Kenneth M. Walker, F. R. C. S.

(3) Récemment on a traduit en Amérique ce vieux livre charmant intitulé *Bréviaire de l'Amour Sentimental*, que le docteur Jules Guyot avait écrit en 1859,

*
**

Si nous essayons de résumer la situation sociale quant au mariage américain nous dirons que ce qui le caractérise est une grande variété et une grande liberté. La variété dans les conceptions du mariage résulte de la complexité de la population, de la complexité ethnique, religieuse et sociale. Il y a une grande liberté dans plusieurs sens, liberté de se marier sans beaucoup d'entraves soit de sa famille soit du gouvernement, liberté de divorcer pour les époux malheureux.

Si nous essayons de prévoir ce que sera demain le mariage américain, nous croyons que le mariage sera le plus souvent conçu comme une union sexuelle d'un homme et d'une femme basée sur l'union des cœurs, et l'agrément résultant de l'accord des caractères. Quant à la durée du mariage, la seule formule assez large pour comprendre la variété des conceptions est la suivante : au moment du mariage on doit prévoir une durée indéfinie. Cela comprendra le cas de ceux dont le nombre est encore considérable qui, pour des raisons religieuses ou autres, conçoivent le mariage comme un *consortium omnis vitæ*, comme il comprendra le cas de ceux qui entrent dans le mariage sous la réserve de divorce quand ils ne s'y trouveront plus heureux.

Bibliographie

ADLER (D^r Félix). — *La conduite de la vie*, traduit de l'anglais par J. WAGNER et E. BOSSHARDT, Paris, Payot, 1928.

ADLER (D^r Félix). — *Incompatibility in marriage*, New-York, Appleton and C^o, 1930.

BARTLETT (Judge G. A.) — *Men, Women and Conflict*, New-York, Putnam and C^o, 1931.

BEARD (Mary R.). — *America through Women's Eyes*, New-York, Macmillan, 1933.

BENOIT (Simone). — *Histoire et Méthologie du recensement de la population aux Etats-Unis, 1787-1930*, Paris, Sirey, 1931.

BORDEN (Mary). — *The Technique of Marriage*, Leipzig, Tauchnitz, 1933.

BRECKENRIDGE (Sophonisba). — *Marriage and the Civil Rights of Women*, University of Chicago Press, 1931.

BRIFFAULT (Robert). — *Mothers : a Study of the Origins of Sentiments and Institutions*, 3 vol., Londres et New-York, Macmillan C^o, 1927.

BRUCE (G. M.). — *Marriage and Divorce*, Minneapolis, Minn., Augsburg Publishing House, 1933.
(*Livre d'inspiration protestante*).

- BRUNSCHVIG (Marcel). — *La Vie américaine et ses leçons*, Paris, Colin, 1931.
- BUYSE (O.). — *Méthode américaine d'éducation générale et technique*, Paris, Giard, 1909.
- CESTRE (Charles). — *Les Etats-Unis*, Paris, Larousse, 1928.
- CHARASSON (Henriette). — *Faut-il supprimer le gynécée ?* Paris, Plon, 1924.
- COLLINS (Joseph). — *The Doctor Looks at Marriage and Medicine*, Garden City, New-York, Doubleday Doran and C°, Inc., 1929.
- COWARD (Noel). — *Design for Living* (pièce de théâtre), Garden City, New-York, Doubleday Doran and C°, Inc., 1933.
- DAS (Sonya R.). — *La Femme américaine dans le mariage moderne*, Paris, Félix Alcan, 1934.
- DELARUE-MARDRUS (L.). — *Le Far-West d'aujourd'hui*, 1932.
- DICKINSON (R. L.) et BEAN (L.). — *A Thousand Marriages*, Baltimore, Md., Williams and Wilkins, 1931.
- DELL (Floyd). — *Love in the Machine Age, a psychological study of the transition from patriarchal society*, New-York, Farrar and Rinehart, 1930.
- DUPRAT (G. L.). — *Le lien conjugal*, Paris, Alcan, 1924.
- DRUMMOND (Isabel). — *Getting a Divorce*, New-York, Knopf, 1931.
- DUBREUIL (H.). — *Nouveaux Standards (Comment on gagne sa vie aux Etats-Unis ; quelle y est l'existence de l'homme moyen)*, Paris, Grasset, 1931.
- FOREL (Dr Auguste). — *La question sexuelle exposée aux adultes cultivés*, Paris, G. Steinheil, 1906.

- GROVES (Ernest R.). — *The Drifting Home*, Boston and New-York, Houghton Mifflin C°, 1926.
- GWYNNE (Rev. Walter, D. D.). — *Holy Matrimony and Common Sense*, New-York, Longmans, Green and C°, 1930. (*Ce livre présente le point de vue de l'Eglise Episcopale*).
- HALL (Fred S.). — *Social Work Year Book*, New-York, Russell Sage Foundation, 1933.
- HURET (Jules). — *En Amérique. De New-York à la Nouvelle-Orléans*, Paris, Charpentier, 1904.
- JEANTY (Renée). — *L'assistante sociale*, Thèse, Paris, Pédone, 1934.
- JORDAN (E.), VIOLET (abbé), TIBERGHEN (chanoine). — *Eugénisme et stérilisation. Leur valeur morale* Paris, Editions Spes, 1929. (*Le point de vue catholique*).
- KEY (Ellen). — *L'amour et le mariage (Love and Marriage)*, traduit du suédois, New-York and Londres, Putnam C°, 1911.
- KEYSERLING (H. DE). — *The Book of Marriage (Interpretations by 24 leaders of contemporary thought)*, New-York, Harcourt Brace and C°, 1926.
- KEYSERLING (H. DE). — *Psychanalyse de l'Amérique*, Paris, Stock, 1930.
- LAPIE (Paul). — *La femme dans la famille. Situation de la femme de tous les temps et dans les différents pays*, Thèse, Bordeaux, 1928.
- LINFIELD (Harry S.). — *The Jews in the United States, 1927. A Study of their Number and Distribution*, New-York, American Jewish Committee, 1929.

- LINDQUIST (Ruth). — *The Family in the Present Social Order*, University of North Carolina Press, 1931.
- MAY (Geoffrey). — *Social Control of Sex Expression*, New-York, W. Morrow and C°, 1931.
- METZ (Charles R.). — *A Study of Marriage and Divorce in Indiana*, University of Indiana, Bloomington, Ind.
- ODENCRANTY (Louise C.). — *The Social Worker*, New-York and Londres, Harper Brothers, 1929.
- POMERAI (Ralph DE). — *Marriage, Past, Present and Future*, New-York, Ray Long and Richard R. Smith, Inc., 1930.
- PRUETTE (Lorine). — *Women and Leisure, a study in Social Waste*, New-York, E. P. Dutton, 1924.
- RICHMOND (Mary E.) and HALL (Fred S.). — *Child Marriages*, New-York, Russell Sage Foundation, 1925.
- ROMAN (F. W.). — *La place de la Sociologie dans l'Education aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1923.
- ROSSITER (Fred M., M. D.). — *The Torch of Life, a key to Sex Harmony*, New-York, Aventine, 122 E. 42nd Street, 1932.
- Roz (Firmin). — *L'évolution des idées et des mœurs américains*, Paris, E. Flammarion, 1931.
- *L'Amérique Nouvelle*, Paris, Flammarion, 1923.
- SCHMALHAUSEN and CALVERTON. — *Woman's Coming of Age*, New-York, Liveright Publishing Corporation, 1931.
- SEIGFRIED (André). — *Les Etats-Unis d'aujourd'hui*, Paris, Colin, 1927.
- SEIGFRIED (André). — *Le rôle normal et social d'Israël*

dans les Démocraties modernes, Les Cahiers d'Etudes juives, 1932.

SKARZINSKI (comte L.). — *Les Peaux-Rouges et les Nègres aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1910.

STEPHENSON (George M.). — *A History of American Immigration 1820-1924*, Boston, Grim and C^o, p. 316, 1926.

TANNER (Juanita). — *The Intelligent Man's Guide to Marriage and Celibacy*, Indianapolis, Ind., Bobbs-Merrill and C^o, 1928.

TARDIEU (André). — *Notes sur les Etats-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, 1908.

TOWNE (Erra T.). — *Social Problems, a study of Present Day Social Conditions*, New-York, Mac-Millan C^o, 1918.

VAN DE VELDE (T. H.). — *Le mariage parfait*, Edition française, Paris, Aldor, 5, rue Bergère, 1930.

WALKER (Kenneth). — *Preparation for Marriage*, Londres, Jonathan Cape, 1932.

WALLER (Willard W.). — *The Old and the New*, New-York, Horace Liveright, 1930.

WESTERMARCK (Edward). — *L'Origine et le développement des idées morales*, Editions françaises par R. Godet, Paris, Payot, 1928.

WILLIAMS (James M.). — *Human Aspects of Unemployment and Relief*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, N. C., 1933.

WILSON (J. L.). — *Legal and Political Status of Women in the United States*, Torch Press, Cedar Rapids, Iowa, 1912.

WOLSTON (H. B.). — *Prostitution in the United States*, Bureau of Social Hygiene, New-York, 1921.

- WRIGHT (D^r Helena). — *The Sex Factor in Marriage*, New-York, The Vanguard Press, 1931.
- *Comptes rendus de la première Conférence internationale du Service social*, 3 vol., Paris, Ligue des Sociétés de Croix-Rouge, 2, av. Valasquez, 8-13 juillet 1928.
- *Marriage and Divorce*, 1931. *Statistics of Marriages. Divorces and Annulments of Marriage*, Washington, United States Government Printing Office, 1932.
- *Summary : The Effects of Labor Legislation on the Employment Opportunities of Women*, Washington, 1928.

PERIODIQUES

- BEERS (Henry C.). — *Women and the Marriage Market*, Harpers' Magazine, mai 1928.
- DEARDORFF (Neva R.). — *Women in Municipal Activities*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, vol. 16, N° 145, p. 62, 71, 93, 111, novembre 1924.
- GRANT (Robert). — *Marriage and Divorce*, Yale Review, n. s. v. 14 : 223-232, janvier 1925.
- GROVES (E. R.) — American Journal of Sociology. (On trouvera un article intitulé « The Family » par cet auteur dans chaque volume de The American Journal of Sociology depuis une dizaine d'années. Chaque article contient une revue des mouvements sociologiques pour l'année).
- HINKLE (Beatrice). — *Changing Marriage, a by product of Industrialism*, Survey, vol. 57, p. 286-289.

- KNEELAND (Hildegarde). — *Women's Economic Contribution to the Home*. Annals of the American Academy of Political and Social Science, vol. CXLII, p. 33, mai 1929.
- LEWISOHN (Ludwig). — *Is Love Enough?* Harpers' Magazine, p. 544, avril 1933.
- MAUROIS (André). — *L'Amérique a-t-elle changé?* Le Journal, 7 août 1933.
- PATTEN (S. N.). — *Evolution of the New Woman* American Academy of Political and Social Science, vol. 16, N° 145, p. 62, 71, 93, 111, nov. 1914.
- PIE XI (S. S.). — *L'Encyclique sur le mariage chrétien casti connubii*, traduction française, Action Populaire, Edition Spès.
- POPENOE (Paul). — *How can Colleges prepare their Students for Marriage and Parenthood?* Journal of Home Economics, vol. 22, N° 3, mars 1930.
- ROMIER (Lucien). — *Vues sur les Etats-Unis. I. La civilisation de la masse*, Revue des Deux-Mondes, p. 56, 1^{er} septembre 1927.
- ROUX (Th.). — *Les Juifs aux Etats-Unis*, Journal des Missions évangéliques, p. 187-189, Paris, 102^e année, 1927.
- *Divorce : our growing divorce « racket » and its legal, social and economic consequences*, Minnesota Law Review, vol. 17, 638-653, mai 1933.
- *Our « Colossal Hodge Podge » of Marriage Laws*, Literary Digest, vol. 75, N° 11, 1922.
- *Women in the Modern World*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, 1929.

BIRTH CONTROL

- BLAIR (Jacob J.). — *The Public Health Value of Contraceptives*, Medical Journal and Record, 1^{er} février 1933.
- BOWEN (Ezra). — *An Hypothesis of Population Growth*, Thèse, New-York, Columbia University, 1931.
- COOPER (John M.). — *Birth Control*, National Catholic Welfare Conference, 1312 Massachusetts, Avenue N. W., Washington, D. C. 1923.
- DICKINSON (R. L.) et BRYANT (Louise S.). — *Control of Conception*, Baltimore, Md., Williams and Wilkins, 1931.
- DUBLIN (Louis I.). — *The Excess of Birth Control — address at the 6th International neo-malthusian and birth control conference*.
- DUBLIN (Louis I.). — *Are there too many of us ?* New-Outlook, mars 1933.
- FIELDING (Michael). — *Parenthood : design or accident ?* A manuel of Birth Control.
- ROBINSON (Caroline H.). — *Seventy Birth Control Clinics*, Baltimore, Md., Williams and Wilkins, 1930.
- SUTHERLAND (Holliday G.). — *Birth Control, a Statement of Christian Doctrine against the neo-malthusians*, Londres, Harding and Morse Ltd., 1922.
- WORSLEY (The Rev. D^r Boden). — *Birth Control*, Londres, Noel Douglas.
- *Extracts from hearings on Birth Control before the Committee on Ways and Means, House of Representatives, 72nd Congress, Washington*,

United States Government Printing Office,
1932.

- *Laws concerning Birth Control in the United States, Committee on Federal Legislation for Birth Control, New-York, 17 West 16th Street, 1929.*

LE CONSEILLER EN MARIAGE

- DEXTER (E. W. and R. C.). — *The Minister and Family Troubles. A case study of the Relationships of the Ministers and the Church to Sex and Family Problems*, New-York, R. R. Smith, 1931.
- KOPP (Marie E.). — *The Development of Marriage Consultation Centers as a New Field of Social Medicine*, American Journal of Obstetrics and Gynecology, vol. XXVI, N° 1, p. 122, St. Louis, Mo., juillet 1933.
- POPENOE (Paul). — *A Family Consultation Service*, 17, Journal of Social Hygiene, 309, 1931.
-

DEUXIEME PARTIE

Les Fiançailles

Dans cette partie nous traiterons des fiançailles du double point de vue social et juridique. Comme nous verrons, l'un est fonction de l'autre et il serait difficile de les comprendre si nous les séparions.

Cette partie pourra ainsi servir de transition entre l'aperçu sociologique que nous venons de donner et l'étude juridique qui va suivre.

CHAPITRE PREMIER

Les Fiançailles. — Institution sociale

Différence entre la manière française et la manière américaine de faire la cour, p. 116 ; — *Caractère des fiançailles en France*, p. 121 ; — *Caractère des fiançailles en Amérique*, p. 124.

Les fiançailles sont une espèce d'antichambre du mariage où l'on entre étrangers et d'où l'on sort époux.

Mais avant de se fiancer les jeunes gens en général se font la cour. Pendant cette période d'assiduités, chaque partie s'informe de la position sociale et économique de l'autre et essaie d'apprécier ses qualités, l'agrément de son caractère et le degré de son attirance physique. Puis ces deux êtres décident soit de se fiancer, soit de se quitter.

Ces assiduités et ces tractations ont un rôle social évident. Ce sont les premiers pas vers le choix d'un époux. Quand ce choix est fait judicieusement, il en résulte une union heureuse et durable.

La cour que se font les candidats au mariage se différencie en France et en Amérique à plusieurs égards. Cela tient en premier lieu à une différence de caractère des deux peuples, une différence dans le degré de socia-

bilité générale. Les familles américaines sont plus ouvertes à tout venant que les familles françaises. Plusieurs observateurs français l'ont noté. Bon accueil, franchise, cordialité, entrain naturel, voilà ce qui caractérise la famille américaine (1). Le comte de Keyserling visitant l'Amérique se plaint de « l'accablante sociabilité collective des Américains », et que « toutes les portes restent toujours ouvertes exactement de même que dans les agglomérations rurales américaines les jardins n'ont pas de haies » (2), et Paul Adam nous dit que « la famille américaine n'éprouve pas le besoin de se cacher, de se protéger, de mettre une démarcation rébarbative qui la retranche des vies voisines » (3).

La question de savoir comment on fait la cour comporte beaucoup de nuances et il ne peut être question ici d'entrer dans une analyse dont s'occupe une bonne partie de la littérature. Nous nous contenterons d'en tracer quelques grandes lignes qui feront ressortir les différences entre les deux pays.

En France, la fréquentation des jeunes gens et des jeunes filles a varié beaucoup avec le temps, et varie énormément aujourd'hui selon les classes de la société, la position sociale et le caractère traditionaliste des familles. La situation cloîtrée de la jeune fille française dans les familles bourgeoises a toujours fait l'étonnement de l'Américain.

(1) Michaud (Régis), *Le Roman Américain d'aujourd'hui*, Paris, Boivin, 1926, p. VIII.

(2) Keyserling, *Psychanalyse de l'Amérique*, Paris, Stock, 1930, p. 42.

(3) Adam (Paul), *Vues d'Amérique*, Paris, 1906, p. 91.

Mais la méfiance est mère de la sûreté. Cet isolement a été, et, dans la mesure où elle existe à l'heure actuelle, est la sauvegarde nécessaire de cet état d'esprit assez fréquent parmi les Latins qui considèrent la femme comme une proie toujours offerte à la satisfaction sexuelle du mâle. En France, les relations entre deux personnes de sexe opposé ne se nouent pas encore tout à fait d'égal à égal, mais sur la base de l'infériorité de la femme.

Sans doute, même dans les familles bourgeoises, l'isolement des jeunes filles a beaucoup diminué depuis la guerre et s'atténue chaque jour. On distingue les « soupirants » de toute sécurité de ceux qui n'inspirent pas confiance. Avec les premiers, une certaine liberté est permise. Parmi les très riches, surtout parmi les nouveaux riches, moins traditionalistes que les autres, les jeunes filles jouissent d'une assez grande liberté. Dans ces classes il suffit de vouloir une chose, l'argent donne le moyen de l'obtenir.

Dans la classe ouvrière, la liberté est aussi très grande. Le travail en commun donne l'occasion à la jeune fille de parler aux jeunes gens, et elle n'a pas de difficulté à comprendre leur vie journalière qui n'est pas très différente de la sienne. Aussi une plus grande liberté de mœurs permet aux jeunes filles pauvres de sortir seules, de rencontrer les jeunes gens sans danger de compromettre leur réputation ou leurs chances de mariage.

Mais c'est dans la petite bourgeoisie française qu'il y a le moins de liberté. Les jeunes filles sont obligées de rester à la maison. Leur mère ne reçoit guère que des femmes, et comme préparation au mariage ces jeunes filles se nourrissent seulement « de rêveries sur un

inconnu aperçu de leur fenêtre, de rêveries sur des récits absurdement romanesques et singulièrement irréels » (1).

D'une façon générale en France on peut dire que l'occasion pour la jeune fille de faire connaissance avec des jeunes gens varie suivant sa classe sociale, qu'elle est aujourd'hui beaucoup plus grande qu'autrefois, qu'elle est plus grande dans les grandes villes que dans les petites, et qu'elle diminue en même temps que l'esprit traditionaliste de la famille.

Par contre la jeune fille américaine se trouve dans une situation bien différente. Sa liberté, sa franchise, son naturel sont tellement renommés en France que nous avons à peine besoin d'insister. Voici le tableau peint par un observateur français : « Jeunes gens et jeunes
« filles y mènent leur vie à leur guise, sans surveillance
« ni prohibition. Qu'une jeune fille accepte les attentions
« d'un ou de plusieurs jeunes gens, cela ne tire pas à
« conséquence. Qu'ils se voient tous les jours au tennis,
« à la promenade, à la baignade ou aux cours, personne
« n'y entend malice. Les jeunes gens des deux sexes ont
« tout loisir de se fréquenter, de se connaître, et si le
« cœur leur en dit, de s'aimer. Les parents font confian-
« ce à leurs enfants. Bien loin de les gêner, ils s'effacent
« et leur cèdent la place. Personne ne s'étonne quand,
« dans la soirée un coup de sonnette énergique annonce
« l'arrivée du soupirant ; rien ne surprend s'il vient
« chercher sa belle et s'il l'emmène. On part, on s'amuse,
« se, on rentre tard, ce qui s'est passé dans l'intervalle

(1) Charasson (Henriette), *Faut-il supprimer le Gynécée ?* Paris, Plon, 1924, p. 68.

« ne regarde pas les parents, c'est l'affaire des intérêts » (1).

Dans ce cas « ce qui s'est passé dans l'intervalle » n'a certainement pas été ce qu'un Français serait tenté de croire. Il serait difficile d'insister trop sur ce point. Le tempérament américain est froid. Dans neuf cas sur dix les jeunes Américains regagnent leurs maisons aussi innocents qu'ils étaient au moment de sortir.

Un des résultats de la plus grande liberté entre les sexes est que la femme, se trouvant seule avec l'homme un peu partout, ne court pas le moindre risque. Si elle livre son corps à ses désirs, c'est qu'elle-même l'a bien voulu en commun avec son partenaire (2). La force n'y est pour rien. Ici comme dans leurs jeux sportifs, les jeunes gens basent leurs rapports sur le *fair play* et respectent les droits de chacun.

Un des résultats de cette confiance est la façon naturelle dont agissent les jeunes gens ensemble. On se serre la main, on se met à rire, ni l'un ni l'autre n'est timide ou gêné. Leur tempérament froid leur permet à tous deux de ne point perdre la tête. Point de ces airs mystérieux qui entourent les relations entre les sexes en Europe. La jeune fille ne se fâche ni des déclarations des jeunes gens ni de leurs œillades. Elle se contente de les percer à jour, d'y voir clair. Elle tient à ce que son mariage ne soit pas ce qu'on a appelé spirituellement « un départ pour l'inconnu avec un inconnu » (3).

(1) Michaud, pp. 98 et 99.

(2) Anonymous, *Marriage Mart for Intellectuals*, Reader's Digest, avril 1933, p. 14.

(3) Lamy (Etienne), *La Femme de Demain*, cité par Sertillanger (A.-D.), *Féminisme et Christianisme*, 6^e édition, 1930, p. 197.

Les occasions qu'a la jeune fille de rencontrer et de juger des jeunes hommes ont augmenté avec le temps. Ces contacts sont devenus plus nombreux au ^{xx}e siècle : résultat de l'urbanisation croissante, de l'entrée de la femme dans presque tous les emplois à côté des hommes et du système de co-éducation qui est en faveur partout (1). De nos jours, les conventions sociales et l'esprit traditionaliste de la famille opposent de moins en moins de barrières aux fréquentations des jeunes gens.



Si nous considérons les fiançailles proprement dites, si nous nous demandons quels sont les mobiles qui y poussent, nous pourrions noter de nombreuses différences entre ce qui se passe en France et ce qui se passe en Amérique. Se demander ce que sont ces mobiles, c'est se demander pourquoi on se marie. Le choix d'un fiancé est évidemment fonction du choix d'un époux. Pourquoi donc choisit-on femme ou mari ; que demande-t-on à un époux ?

Commençons avec la situation en France. La tradition veut que les fiançailles en France constituent ce qu'on appelle « un arrangement de famille ». Le mariage crée un lien entre une personne et tous les parents de son époux. Les fiançailles fournissent donc l'occasion de peser avec soin tous les avantages et tous les inconvénients qu'entraînerait le mariage. L'inquiétude pèse surtout sur les père et mère de l'intéressé. Leur grande affaire est de bien marier leurs enfants.

(1) Carpenter (Niles), *Courtship Practices and Contemporary Social Change in America*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1932, p. 38.

Plusieurs points sont à considérer. Tout d'abord vient la question d'argent. Pour tel fils il s'agit de trouver une fille bien dotée, ce qui lui permettra de subvenir largement aux besoins du foyer qu'il va fonder. Pour telle fille un riche héritier ouvrira les portes à l'aisance. On nous dit avec un peu de malice que « ce qui facilite l'établissement des jeunes filles c'est qu'elles ont toujours un peu de sentiment à mettre immédiatement au service de leurs intérêts » (1).

Non seulement les fortunes des deux intéressés entrent en ligne de compte, mais aussi celle des familles elles-mêmes. C'est ainsi qu'on dira que telle jeune fille a « des espérances ».

Ces préoccupations pécuniaires dans le domaine social trouvent leur reflet en droit, dans l'obligation alimentaire. Cette obligation existe non seulement entre les conjoints et entre les ascendants et descendants, mais l'article 206 du Code civil décide que « les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère... »

Vient ensuite le désir de la famille française de ne recevoir dans son sein qu'une personne à peu près du même milieu social. On estime qu'une famille peut refuser d'accepter un allié indigne d'elle par la naissance. Une mésalliance, si elle est extrême, fait scandale et sera une honte pour la famille. Il est vrai que le passage de la classe populaire à la classe bourgeoise est fréquent en France, mais en général les mariages entre

(1) Vasseur (Fernand), *Les Autres et Nous*, Paris, Chédeville, 1930.

personnes de classes différentes s'opèrent non point directement mais par l'élévation préalable des parents dans l'échelle sociale. Ce changement de milieu est le plus souvent dû non à un mariage, mais à une adoption antérieure des mœurs bourgeoises (1).

En France, le caractère familial des fiançailles s'avère encore dans les coutumes de célébration. Bien que les fiançailles puissent rester le secret des deux intéressés, ce qui arrive plutôt dans les cas où ces intéressés sont déjà d'un certain âge, elles sont le plus souvent l'occasion de réjouissances familiales. Autrefois, on les célébrait en présence du prêtre, mais aujourd'hui on se borne le plus souvent à un repas qui réunit les deux familles. Ce caractère montre encore la persistance de la notion suivant laquelle le mariage est une affaire de famille, dans laquelle les fiancés ne sont pas les seuls intéressés.

Ces coutumes françaises des fiançailles varient certainement avec le temps et le milieu. On peut faire les remarques suivantes : plus les fiancés sont âgés, plus leur union échappe à ce caractère familial, plus le milieu est élevé, bourgeois, plus on a tendance à respecter les traditions à laisser agir et même à solliciter ce contrôle de la famille, plus on s'éloigne des grandes villes, moins on est affranchi de ces traditions, plus les jeunes gens vivent dans leur famille moins ils peuvent se soustraire à cette intervention.

★
★ ★

(1) Voir pour les distinctions subtiles entre les classes en France, Goblot (Edmond), *La Barrière et le Niveau*, Paris, Alcan, 1925.

Si nous considérons maintenant la situation en Amérique, la première chose qui nous frappe est l'absence de dot. Elle n'a plus joué de rôle depuis les premiers jours de la colonisation du nouveau pays. Chevalier, en 1836, nous dit qu'il y a « une sorte d'affaire qui, pour nous, peuple à affections vives, peuple aimant, peuple « généreux, a principalement ce caractère mercantile, et « qui ne l'a point du tout pour eux : c'est le mariage. « Nous achetons notre femme avec notre fortune ou nous « nous vendons à elle pour sa dot. L'Américain la choisit ou plutôt s'offre à elle pour sa beauté, son intelligence et ses qualités de cœur. C'est la seule dot qu'il « recherche » (1).

L'Américain ne dote sa fille que très exceptionnellement. La jeune fille qui n'a comme fortune qu'une personnalité agréable ne se trouve pas beaucoup désavantagée vis-à-vis de ses sœurs « à gros sac ». Même celle qui possède une fortune envie souvent celle qui n'a rien, car avec une fortune il est plus difficile d'être certaine que l'on ne la recherche que pour son argent.

En Angleterre, il existait bien et il existe encore le « *marriage settlement* » ce qui se rapproche le plus du contrat de mariage et de la constitution de dot en France. C'est un « *trust* » d'une certaine propriété, mais généralement il est en faveur de la future épouse et non en faveur du gendre (2). Mais cette institution bien que parfaitement valable en droit est très rarement pratiquée aux Etats-Unis. Les quelques cas qui en existent remon-

(1) *Lettres sur l'Amérique*, Paris, Gosselin, 1836, vol. II, p. 160.

(2) Voir au sujet des « *Trusts* », Lepaulle (Pierre), *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau, 1932.

tent loin dans l'histoire ou sont dus pour la plupart aux Anglais, émigrés en Amérique et à d'autres personnes qui sont restés dans la tradition anglaise. On en trouve aussi dans les familles très riches.

Dire que la dot n'existe guère en Amérique ne veut pas dire que l'Américain ne considère jamais le côté pécuniaire dans le mariage. Il sait que le droit lui accorde peu d'avantages pécuniaires directs du mariage (1), mais il sait aussi que pratiquement sa femme, si elle est riche, ne va pas vivre dans l'opulence sans lui donner sa part, et il n'est pas toujours indifférent à ces avantages indirects. Mais s'il y pense, il n'en dit rien à personne. Ainsi un ignoble calcul caché existe souvent. C'est un exemple de plus de l'hypocrisie américaine, mais, tout compte fait, il existe aux Etats-Unis moins de mariages d'intérêt qu'en France.

Pour nous, on a souvent exagéré dans cette matière et le beau côté du mariage américain et le côté vénal du mariage en France (2). A vrai dire, on doit aller un peu plus au fond des choses. L'Amérique n'a pas l'institution de la dot parce que le jeune couple n'a pas besoin de secours. Le jeune mari, dans un pays riche, où les occasions ne manquent pas de gagner sa vie aurait honte d'obliger son beau-père à diviser sa fortune avec lui. Tandis qu'en France où les emplois sont de plus

(1) Voir ce que nous avons dit plus haut dans l'Introduction à propos des effets pécuniaires du mariage, p. 13.

(2) C'est ainsi que nous lisons dans Acollas, *Le Mariage, son Passé, son Présent, son Avenir*, p. 121 : « Aujourd'hui, en France, dans une foule de cas, le mariage est le plus vil des contrats : l'homme y troque sa personne contre une somme d'argent et la femme s'y prostitue à un homme qu'elle n'aime pas. »

en plus difficiles à trouver, où l'aisance résulte seulement des accumulations faites péniblement pendant une longue vie, il est naturel que devant les charges qu'impose la fondation d'une famille, le jeune mari recule s'il n'a pas les revenus d'une partie de la fortune de son beau-père. Ce qui est moins naturel, c'est que la fille soit presque toujours dotée, tandis que le fils l'est plus rarement. Le père avec quatre filles à marier se trouve dans un embarras que ne connaît guère son voisin qui a quatre fils.

La dépendance des jeunes mariés vis-à-vis de leurs familles respectives, état normal en France, commence à faire son apparition en Amérique, surtout depuis ces années de crise économique où le jeune mari n'a pas toujours du travail. Mais c'est une aide donnée volontairement par la famille, le jeune mari ne la demanderait jamais et ne l'accepterait que comme un fait justifié par les temps anormaux par lesquels nous passons. L'Américain qui rechercherait directement une fortune par le mariage n'a pas ce minimum de dignité et d'orgueil suffisant pour qu'il soit accepté par la société. L'Américain qui vient en Europe dans l'espoir d'acheter quelques titres de noblesse ou autres en redorant un blason familial ne vaut guère mieux et n'est pas plus acceptable que le premier.

En Amérique, la question de mésalliance a moins d'importance qu'en France. Il y a moins de classes dans la société américaine qu'il y en a dans la société française, et les frontières de ces classes sont moins nettement marquées. Il y a plus de mobilité d'une classe à une autre. Cela résulte en grande partie de l'éducation

universitaire qui, de nos jours, est donnée à un nombre de plus en plus grand de jeunes gens.

Mais la question de mésalliance n'est pas sans importance en Amérique. Elle existe davantage dans les Etats de l'Est où la civilisation est plus vieille, et elle est moins importante dans les autres. Dans la Nouvelle Angleterre elle a probablement la même importance qu'en France. Partout dans l'Est il y a une plus grande démarcation entre les classes, et là les mésalliances sont plus à craindre. Mais la tradition de liberté américaine doublée de l'idée romantique, que l'Amour est à la base de mariage, l'atténue partout.

La célébration des fiançailles a un caractère bien différent en Amérique qu'elle n'en a en France. A vrai dire, en Amérique, il n'y a pas de célébration dans la majorité des cas.

Nous avons vu la liberté dont jouissent en Amérique les jeunes gens pour faire leur cour. Cette même liberté persiste dans les fiançailles. Ils se fiancent quand bon leur semble sans demander l'avis de personne. Les fiançailles manquent complètement en Amérique de ce caractère familial qu'elles ont en France.

Il n'existe pas de protocole pour publier les fiançailles. Souvent chacun en fait part à sa famille séparément. Si les jeunes gens habitent loin de leurs familles, ce qui est très fréquent aux Etats-Unis, chacun annonce la nouvelle à sa famille par lettre comme un fait accompli. Il arrive même qu'ils ne la lui annoncent pas du tout, et qu'ils se marient sans l'ingérence de qui que ce soit.

CHAPITRE II

Les Fiançailles. — Institution juridique

Les fiançailles en droit français, p. 128 ; — *Les fiançailles en droit américain, Théorie classique : elles sont un contrat*, p. 130 ; — *La théorie générale de la preuve en droit américain*, p. 134 ; — *Application de cette théorie aux fiançailles*, p. 136 ; — *Cas de preuve écrite*, p. 138 ; — *Effet des fiançailles entre les parties, Doctrine de la « rupture anticipée »*, p. 140 ; — *Faits constitutifs de la rupture*, p. 142 ; — *Moyens de défense contre l'action en rupture*, p. 143 ; — *Evaluation des dommages-intérêts*, p. 146 ; — *Effets des fiançailles quant aux tiers*, p. 149.

Les fiançailles en Amérique n'ont pas plus de points communs avec les fiançailles en France en tant qu'institution juridique qu'elles n'en ont en tant qu'institution sociale.

En France, la valeur des fiançailles, du point de vue juridique, est nulle. Elles ne constituent pas un contrat depuis le fameux arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1838 (1). Il n'y a pas de loi générale sur les fiançailles, et c'est seulement incidemment que la loi en parle dans des articles concernant des questions toutes

(1) S. 38 1 492.

autres. C'est ainsi que, par application de l'article 340 du Code civil, les fiançailles peuvent être un élément de la séduction qui a pour effet de permettre l'action en recherche de paternité naturelle.

La place des fiançailles dans le droit français est une création de la jurisprudence. La rupture injustifiée des fiançailles peut donner lieu à des dommages-intérêts par application de l'article 1382 du Code civil. Seulement, ici l'action ne prend pas sa source dans le fait qu'un contrat n'a pas été exécuté, mais dans le fait d'un dommage causé par une faute. La rupture des promesses de mariage ont contribué à causer un préjudice qu'il convient de réparer.

Le droit français exige que le consentement au mariage soit entièrement libre, et il ne faut pas que les parties, une fois devant le maire, soient gênées par l'éventualité de payer des dommages-intérêts en cas de refus. C'est pour cette même raison que la jurisprudence a annulé comme contraire aux bonnes mœurs beaucoup de contrats passés avec des agences matrimoniales surtout quand la rétribution consistait en un pourcentage sur la dot. Mais la conception des bonnes mœurs change avec le temps, et nous verrons peut-être le désir d'assurer le libre consentement s'incliner devant le besoin plus pressant de favoriser les mariages (1). Par contre, le contrat de courtage matrimonial en droit américain est impossible. Il est contraire à l'ordre public et en consé-

(1) C'est le sens de la jurisprudence française depuis plusieurs années (S. 1903 2 182, S. 1910 2 211, S. 1910 2 293, S. 1915 2 38. Cf. Jossierand, *Cours de Droit positif français*, 2^e édition, t. II, section 135.

quence nul et non avenu (1). Ces contrats, suivant le droit anglais, n'étaient pas illégaux dans le temps, mais aujourd'hui, sans exception, ils le sont (2). Même l'action américaine correspondant à l'action *de in rem verso* pour les frais de démarches n'est pas possible (3), et les tribunaux anglais au moins sont allés plus loin, en permettant à une personne de recouvrer son argent payé à l'agence matrimoniale même après une exécution partielle (4).

★ ★

En droit américain, les fiançailles occupent une situation bien confuse. En théorie, elles constituent un contrat. Depuis des siècles, toute la jurisprudence (5) et toute la doctrine le disent. Mais les tribunaux leur appliquent, comme nous verrons, certaines règles du domaine délictuel et une opinion récente les range, en cas de rupture, dans le domaine des délits civils (6).

(1) Telle est l'expression dans 13 C. J. 463 où des « cases » de onze Etats sont colligés. Il n'y a pas en sens contraire. Williston en cite cinq dans ce sens aussi. Williston, *Contracts*, t. III, p. 3042, note 78.

(2) Salmond et Winfield, *Law of Contracts*, p. 152-153.

(3) Johnson c. Hunt, 81 Ky. 321, et King c. Burr, 3 Meriv. 693, 36 Reprint 266, — « cases » cités dans 13 C. J. 463.

(4) Hermann c. Charlesworth, 1906, 2 K. B. 123.

(5) Depuis le « case » de Stretch c. Parker, 1 D'Anvers' Abr. 50 en 1639 jusqu'à aujourd'hui les tribunaux décident que le bref « assumpsit » est la forme d'action qu'il faut en cas de rupture de fiançailles. Ce bref est celui que l'on emploie en cas de rupture de contrat ordinaire.

(6) Note 25, Col. L. R. 343, 1925.

Voyons d'abord la théorie classique suivant laquelle les fiançailles sont de nature contractuelle. Elle domine tout le sujet jusqu'au moment où l'on commence à calculer les dommages-intérêts. Quand nous en arriverons à ce point nous verrons dans quelle mesure la théorie contractuelle cède le pas à la théorie délictuelle.

Il serait fastidieux de faire ici une étude complète de la conception anglo-américaine du contrat. Mais pour mettre le lecteur en garde de penser que cette conception est la même que celle qu'on a du contrat en France et pour lui donner une idée de ses éléments formateurs, nous reproduisons ici ce que le professeur Lévy-Ullmann a écrit à ce sujet (1) : « On ne peut imaginer de contraste
« plus frappant que celui qui se manifeste entre la con-
« ception française du contrat et la conception anglaise.

« En France, de nos jours, le contrat n'est plus qu'une
« tête de chapitre dans la théorie générale des obliga-
« tions. C'est une source — la plus importante sans
« doute mais non l'unique — de l'obligation...

« La conception anglaise est totalement opposée.

« En premier lieu, sauf dans les manuels de « *juris-*
« *prudence* » de la plus récente époque... la pure tra-
« dition de droit anglais ignore la notion abstraite et
« générique de l'obligation telle qu'elle se rencontre
« dans les *Institutes*...

« Mais ce « *contract* » quelle est sa contexture ?

« Sans doute à la base découvre-t-on le plus généra-
« lement un accord de volontés, une offre et une accep-
« tation (*offer and acceptance*) dont l'ensemble constitue

(1) Dans les *Annales de Droit Commercial Français, Étranger et International*, n° 4, 1921 et n° 1, 1922.

« le pacte. Toutefois, ce pacte n'est pas le contrat...
 « Pour qu'il y ait « *contract* », la simple « *promise* »
 « ne suffit pas. Il faut que les contractants justifient
 « soit de la confection d'un instrument solennel, le
 « contrat sous sceau..., soit d'un élément formel con-
 « sistant dans un *onus* à la charge de celui qui se
 « réclame du pacte à titre de créancier..., et qui depuis
 « le xvi^e siècle porte le nom de « *consideration* ».

Pour le juriste américain, donc, les fiançailles entrent dans cette notion spéciale du contrat. On les trouve traitées par exemple dans les manuels consacrés à ce sujet (1).

Elles résultent de l'offre qui est faite par une partie et qui est acceptée par l'autre (2).

Les fiançailles étant un contrat il faut ici, comme dans tout autre contrat une « *consideration* » (3). Mais en cela

(1) Williston, *Contracts*, paragraphes 485, 456, 601, 1312, 1320, 1325, 1340, 1743, 1943, 1945 ; Salmond et Winfield, *Law of Contracts*, p. 152, 153, 511.

(2) Olmstead c. Hoy, 1900, 112 Iowa 349, 83 N. W. 1056 ; Yale c. Curtis, 1897, 151 N. Y. 598, 45 N. E. 1125 ; Finkelstein c. Barnett, 1896, 17 N. Y. Misc. 564, 40 N. Y. Supp. 694 ; Hanson c. Dixon, 1906, K. B. D., 96 L. T. 32, 23 L. T. 56.

(3) La façon à la fois la plus simple et la plus exacte de faire comprendre la notion de « *consideration* » à un esprit français est d'employer la formule tirée du vocabulaire technique français du professeur Lévy-Ullmann : « C'est l'*onus* dans le contrat à titre onéreux » (*Répétitions écrites de Droit Civil approfondi*, 1927-1928, p. 223). La *consideration* est ce qui se rapproche le plus en droit anglo-américain de la cause en droit français. Dans les contrats synallagmatiques, la *consideration* correspond exactement à la conception classique de la cause. Comme elle, la *consideration* se réfère à l'obligation dans le contrat et non au contrat lui-même. Mais les deux conceptions se séparent dans les donations — l'*animus donandi*

il n'y a pas de difficulté. Bien qu'on en ait douté quand la doctrine de la *consideration* était à peine formulée (1) il est certain que la *consideration* d'une promesse de mariage est la promesse de l'autre fiancé, et la jurisprudence est uniforme dans ce sens depuis fort longtemps (2). Si, par hasard, il existait une promesse d'un côté sans une même promesse de l'autre, ce qui est difficile à supposer pratiquement, la première serait un *nudum pactum* sans effet sauf comme obligation naturelle (3).

suffisant pour la cause ne l'est pas pour la *consideration* — et dans leurs origines historiques — la *consideration* est née au xvi^e siècle par suite de l'extension du bref *assumpsit* aux contrats non scellés, et la cause est la descendante de la *causa* du droit romain.

La *consideration* est la prestation échangée contre une promesse, le *quid pro quo*, le prix par lequel une des parties a acheté la promesse de l'autre, le détriment ou le sacrifice qu'elle a subi afin que l'autre lui promette une prestation en échange, l'intérêt d'une des parties dans le contrat qui est sa raison d'être. Tous les manuels sur les contrats en anglais consacrent des études à la *consideration*. Parmi les meilleurs sont Williston, *Contracts*, t. I, pp. 99-205 et Salmond et Winfield, *Law of Contracts*, p. 12-13.

En français, cf. Lévy-Ullmann, *Les Répétitions écrites de Droit civil approfondi*, 1927-1928, *Obligations et Contrats*, p. 223 et suiv., 343 et suiv. et les ouvrages qu'il cite : Bresse, *Théorie de la Considération en Droit Anglais*, 1919, thèse, Dijon ; Walton, *Rev. Trim. Droit civil*, 1919, p. 469, *Cause et Considération* (M. Capitant, 1923, p. 189).

(1) *Holcroft v. Dickenson*, 1673, *Carter* 233. *McCurdy*, p. 19.

(2) 9 C. J. 326, note 55.

(3) *Hutton v. Mansell*, 3 Salk 16, 1704 ; *McCurdy*, p. 39. Le droit anglais comme le droit romain a connu l'axiome *Ex nudo pacto non oritur actio* qui est entré dans le vocabulaire technique du droit anglais par le livre de Bracton, en 1259. Cf. Lévy-Ullmann, *Répétitions écrites de Droit civil approfondi*, 1927-1928, *Obligations et Contrats*, p. 211.



Nous avons vu dans le dernier chapitre que les fiançailles en Amérique sont presque toujours l'affaire des seuls intéressés, et que le plus souvent il n'y a pas de célébration pour marquer cet événement. Aussi il est rare qu'il en existe un écrit quelconque. Dans ces conditions, on se demande comment, le cas échéant, on les prouve devant les tribunaux.

A ce propos, il est nécessaire de rappeler brièvement comment la preuve est administrée devant la justice américaine. Ce sujet est à vrai dire excessivement complexe et il existe une réglementation minutieuse qui semblerait bien inutile au juriste français, car il n'en existe rien de pareil en droit français (1).

En Amérique le jury est employé tant au civil qu'au criminel pour juger toute question de fait par opposition à toute question de droit. Supposons, dans le sujet qui nous occupe, que la femme affirme qu'il y avait une promesse de mariage et que l'homme la nie. A l'audience, devant le juge et le jury, les avocats posent oralement une série de questions aux parties elles-mêmes (2) ou aux témoins. L'objet en est de révéler au

(1) La meilleure étude approfondie de la preuve en droit anglo-américain se trouve dans les cinq grands tomes de Wigmore, *Evidence*. Boston, Little Brown and C^o, 2^e édit. L'ouvrage classique est *Greenleaf, Evidence*, 5^e vol., 6^e édit., Boston, Little Brown & C^o.

(2) Suivant le droit anglais, à partir du xvi^e siècle, les parties n'étaient pas compétentes pour administrer la preuve dans leur propre procès, et il fallait prouver tout fait par le témoignage des tiers. Mais, au cours du xix^e siècle, la loi a partout habilité les parties à cet égard, Voir Wigmore, *Evidence*, t. I, p. 985-1004.

jury par les réponses les divers faits qui ont provoqué le procès.

Dans ce procédé on distingue l'interrogatoire (« *examination* ») et le contre-interrogatoire (« *cross-examination* »). L'interrogatoire consiste en questions posées à la partie par son avocat et en questions posées aux témoins qui sont appelés en sa faveur. Par ces questions l'avocat essaie d'obtenir des réponses qui sont favorables à sa cause. Ensuite vient le contre-interrogatoire qui consiste en questions posées à cette même partie ou à ces mêmes témoins par l'avocat de la partie adverse. Ces questions, à l'inverse des premières, ont pour objet de révéler tout fait ou circonstance défavorable à la cause du premier, et par conséquent favorable à sa cause à lui. Ainsi le contre-interrogatoire corrige, limite et rectifie l'interrogatoire.

Le plaignant et ses témoins passent d'abord par cet interrogatoire et par ce contre-interrogatoire. Ensuite vient le tour du défendeur et de ses témoins. L'audition des parties et de leurs témoins, faite de cette manière, a lieu en présence de douze « citoyens d'intelligence moyenne » qui composent le jury. Ils ont donc l'occasion d'en voir de près toutes les nuances : le sourire, l'aise, l'embarras ou la franchise, et de juger de la qualité vraie ou fausse des diverses prétentions.

L'audition terminée, les avocats font leurs plaidoiries. Puis le juge fait un court résumé de l'affaire et indique au jury les principes de droit qui lui sont applicables. Ceci fait, les jurés se retirent de l'audience, s'enferment dans une autre salle et y restent jusqu'à ce qu'ils se soient mis d'accord sur la réponse à donner. Si, dans l'espèce que nous avons supposée, ils sont d'accord sur

l'existence d'une promesse de mariage, ils appliquent les principes de droit. Ils calculent des dommages-intérêts et reviennent pour en dire au juge le montant. Si tout est en règle, le juge condamne le défendeur à payer cette somme.

Tel est l'essentiel du système américain de l'administration de la preuve. Il est bien complexe par suite des règles minutieuses qui limitent strictement le champ des questions que peuvent poser les avocats et qui déterminent jusqu'à la manière de les poser. Un triage des questions s'impose parce que les jurés étant de simples citoyens sont sans méfiance et incapables de démêler le faux du vrai dans autre chose que des preuves exactes et sérieuses (1).



Il est facile de voir que le jury a parfois des cas très délicats à trancher. Lorsque le témoignage renferme des affirmations des tiers quant à l'existence de la promesse de mariage, les jurés n'ont qu'à apprécier si ce témoignage est sérieux et honnête ; c'est encore le même problème qui se pose dans le cas où la plaignante elle-même affirme d'une façon catégorique que tel ou tel jour, dans telles ou telles circonstances, le défendeur a promis de l'épouser. Mais que dire quand il n'y a nulle part une telle affirmation ? Le jury est-il fondé à l'inférer d'un ensemble de circonstances ? Il est certain qu'il peut

(1) Voir en français sur le système américain de la preuve Mohamed Sadek-Fahmy, *Théorie théorique et pratique des preuves en Droit civil comparé*, t. I, Paris, Dalloz, 1924, p. 38-48, 130-149, 264-285. On trouve dans le film « Le Procès de Mary Dugan », un exemple d'une audience où fonctionne le système anglo-américain.

ainsi admettre la preuve d'un contrat ordinaire. Faut-il assimiler les fiançailles au contrat ordinaire sur ce point ? Les tribunaux américains ont répondu depuis longtemps par l'affirmative (1).

Mais en cela il ne faut pas se tromper. Le principe de droit est clair. Le jury doit pouvoir conclure de l'ensemble des témoignages qu'en fait une promesse a existé. En d'autres termes, on peut promettre par ses actes aussi bien que par ses paroles si ces actes ont été faits à cette fin, et compris par le co-contractant dans le même sens, mais il n'est pas suffisant que le jury trouve simplement qu'en raison des attentions du défendeur envers la plaignante, une promesse du mariage *a pu* exister (2). C'est une idée communément reçue en France qu'aux Etats-Unis les simples attentions valent fiançailles, et une fois fiancés les gens sont obligés de se marier. Mais, en fait, il est certain qu'il en va tout autrement devant les tribunaux. Ce qui a donné naissance à cette fiction est la manière peu rationnelle dont le jury applique le principe aux divers cas qui lui sont présentés. Les jurés ne sont pas des professionnels et surtout, étant des hommes, se laissent souvent trop facilement convaincre par une jolie femme. Il y a eu des abus. Certaines femmes, sans réputation à maintenir, les « chercheuses d'or » de nos temps modernes, ont accepté les assiduités d'un homme à la bourse bien garnie. Si elles ne réussissaient pas à se faire épouser, elles jouaient leur dernier atout. Elles assignaient le pauvre homme devant le tribunal et là elles fabriquaient de tou-

(1) 4 R. C. L. 169, notes 8 et 9 où sont cités huit « cases ».

(2) Munson c. Hasting, 1889, 12 Vt. 346, McCurdy, p. 30.

tes pièces une histoire de fiançailles. Elles pouvaient y être aidées par des amies obligeantes qui leur étaient redevables d'une même faveur (1). Le jury étant crédule, l'homme était la victime.

Aujourd'hui ces abus tendent à disparaître. Ils ont été exposés maintes fois par la presse. Souvent, au xx^e siècle, les femmes siègent aux jurys (2) et avec elles les belles histoires de leurs sœurs ne prennent pas. Les jurys se montrent de plus en plus sévères. Ces abus n'ont jamais existé en grand nombre, et on en a eu souvent une impression exagérée par suite de la publicité donnée à chaque cas.



La preuve que nous venons d'étudier est une preuve orale. Y a-t-il des cas dans lesquels un écrit est nécessaire ? Une loi existe qui, dans certains cas, se rapporte à la question. C'est cette vieille loi anglaise de 1676 sur les fraudes et les parjures qui est reproduite mot pour mot presque partout en Amérique, et à laquelle la jurisprudence a consacré des centaines de volumes d'interprétation. La partie de la loi qui concerne cette question

(1) Le résultat est toujours plus sûr si elle étaye ses prétentions sur les témoignages des autres. Dans un Etat (Maryland) la loi exige une corroboration de ces prétentions par d'autres personnes. Bagdy, *Annotated Code of Maryland*, 1924, art. 35, sect. 4. Vernier, p. 40. Une loi similaire existe en Angleterre.

(2) Dans 10 Etats, la loi oblige les femmes tout comme les hommes à offrir leurs services pour siéger aux jurys. Dans 11 Etats la loi permet la présence des femmes dans les jurys, et dans 25 Etats les femmes en sont encore exclues. Woodhouse, *Status of Women*, 35 Am. Jour. of Sociology, 1091, 1929-30.

est la suivante (1) : « Aucune action ne peut être intentée... sur un contrat dont la « *consideration* » est un mariage..., ou sur un contrat qui stipule que son exécution sera reportée à plus d'un an après sa formation (2), à moins que le contrat ou un memorandum ou une note de celui-ci ne soit mis par écrit et signé par la partie qu'on cherche à en rendre responsable ou par son mandataire dûment autorisé. »

En ce qui concerne la première expression — « un contrat dont la *consideration* est un mariage » — la jurisprudence anglaise a failli s'établir en faveur de son application au contrat de fiançailles (3), mais il semble certain que cette expression ne vise que la promesse d'un tiers de faire un « *marriage settlement* » (l'équivalent anglais le plus proche à la constitution de dot) et toute la jurisprudence anglo-américaine n'a pas tardé à lui donner ce sens (4).

La seconde expression — « un contrat qui stipule que son exécution sera reportée à plus d'un an après sa formation » — est applicable à tous les contrats et par cela

(1) 29 Car. II c. 3 (1676), McCurdy, p. 33.

(2) L'expression « sur un contrat dont la *consideration* est un mariage » a été reproduite dans la loi sur les fraudes et les parjures de tous les Etats, tandis que l'expression « sur un contrat qui stipule que son exécution sera reportée à plus d'un an après sa formation » existe dans la loi de 43 sur 48 Etats. Vernier, p. 30.

(3) Dans *Philpott c. Wallet*, 3 Lev. 65, la cour l'a appliquée à un contrat de fiançailles, mais en sens contraire, voir *Cork c. Baker*, Hil. 3 Geo. 1 in C. B. 1 *Strange*, 34, McCurdy, p. 25.

(4) Voir pour la jurisprudence américaine, les « cases » citées dans 9 C. J. 328, note 65 ; 27 C. J. 128 ; 10 A. L. R. 321 et 21 A. L. R. 311.

même au contrat de fiançailles (1). Mais il faut remarquer que les tribunaux lui ont donné une interprétation stricte, et ne l'appliquent qu'à un contrat qui, par ses stipulations mêmes, en remet l'exécution à plus d'un an. Le plus souvent, le contrat de fiançailles ne fixe aucun délai ou ne fixe qu'un délai indéterminé. Un jeune homme promet d'épouser une jeune fille après la mort de son père ou quand il pourra établir un négoce. Puisque le père peut mourir et le négoce peut être établi dans moins d'un an, cette loi ne lui est pas applicable. Mais si la promesse est formelle quant au délai, les fiançailles ne peuvent être prouvées devant le tribunal que par un écrit, suivant la jurisprudence la mieux établie (2).



Nous allons étudier maintenant l'effet des fiançailles d'abord entre les parties et ensuite quant aux tiers.

Une fois les vœux échangés, les fiancés se trouvent dans une situation qui reçoit la protection de la loi. En premier lieu, il y a la doctrine dite de la « rupture-anticipée » qui est applicable également à tous les contrats. Dans le cas de contrats ordinaires il n'est pas toujours nécessaire que le contractant attende le jour stipulé pour l'exécution pour voir si son co-contractant remplit ses obligations. Si celui-ci s'est mis dans l'impossibilité

(1) La doctrine est uniforme dans ce sens. Williston, *Contracts*, t. I, p. 968. Une note dans 14 H. L. R. 63 et Vernier, p. 30.

Mais la jurisprudence est divisée, quatre arrêts l'appliquant aux fiançailles et trois refusant son application, 27 C. J. 191, notes 49 et Vernier, p. 50. Voir aussi L. R. A. 1915D. 1190.

(2) Voir *Derby v. Phelps*, 1822, 2 N. H. 515, *McCurdy*, p. 28,

d'exécuter le contrat ou s'il l'a répudié, son co-contractant peut le poursuivre d'ores et déjà en dommages-intérêts (1). Quand un fiancé épouse une autre femme il s'est bien mis dans l'impossibilité d'exécuter et il tombe sous le coup de cette doctrine (2). Et il y a mieux. Le contrat de fiançailles se distingue ici des autres. Dans les contrats ordinaires, pour ouvrir une action en dommages-intérêts, il faut que la déclaration ne laisse aucun doute et qu'il soit certain que le co-contractant n'a pas l'intention d'exécuter ses obligations. S'il refuse de déclarer ses intentions il n'y a pas de « rupture anticipée ». Au contraire, si un fiancé ne montre pas constamment par ses actes et ses paroles qu'il a toujours la même intention, si tout en maintenant sa promesse formelle, il veut se dérober à toute obligation de rendre visite à sa fiancée, d'avoir pour elle les attentions habituelles, de correspondre avec elle en cas d'absence, etc., il a déjà commis une « rupture anticipée » et sa fiancée peut intenter son action sans plus attendre (3).

(1) Voir l'article 310 du *Restatement en matière des Contrats*. Pour l'explication de ce que c'est qu'un *Restatement*, voir *infra*. Cinquième Partie, sur le Conflit des Lois, Chapitre I.

(2) Williston, *Contracts*, t. III, § 1320.

(3) Williston soutient qu'ici il n'y a pas un vrai cas de « rupture anticipée » car, dit-il, le contrat de fiançailles comporte deux obligations, à savoir : une obligation principale d'épouser et une obligation subsidiaire d'avoir pour sa fiancée les attentions d'usage en attendant le mariage. Ces deux obligations forment un tout, et la rupture de l'obligation subsidiaire est assez considérable pour donner lieu à l'ouverture de l'action en dommages-intérêts. Cette analyse, quoique très logique et, à notre avis, très vraie, n'a pas impressionné les tribunaux. Ces derniers continuent de parler de « rupture anticipée ».



Venant maintenant à l'étude de la rupture proprement dite, nous voyons apparaître plusieurs questions. D'abord, qu'est-ce qu'une rupture? Evidemment un refus absolu d'épouser, ou le mariage du fiancé avec une autre femme sont des cas les plus usuels de rupture, mais les tribunaux en ont à résoudre de bien plus délicats. D'abord, si une date n'est pas fixée pour le mariage, les fiançailles sont interprétées en droit comme une promesse d'épouser dans un délai raisonnable. Si le fiancé ne répudie pas sa promesse, mais en remet toujours l'exécution, la question de savoir s'il a excédé un délai raisonnable est une question de fait qui est appréciée par le jury en fonction de toutes les circonstances de l'espèce envisagée. Mais si l'on est encore dans les limites d'un délai raisonnable, il faut pour constituer une rupture soit une répudiation ouverte, soit des faits qui sont nettement inconciliables avec une intention d'exécuter sa promesse. Les manuels et les encyclopédies de la jurisprudence disent souvent qu'il faut, comme condition de l'ouverture de l'action, une demande d'exécution ou une offre de la part du plaignant (1). Mais la vérité est simplement qu'il faut que la rupture soit certaine, et pour cela il faut dans bien des circonstances une demande d'une partie et un refus de l'autre. Mais dans beaucoup d'autres où la rupture est déjà certaine, une demande préalable n'est pas du tout indispensable. Tel est le cas si le défendeur a manifesté son intention de ne pas exécuter, s'il a épousé une tierce personne, ou

(1) 4 R. C. L. 152 avec citation de cinq « cases ».

si sa conduite antérieure montre en toute évidence qu'il n'a pas l'intention d'exécuter. En somme, le contrat de fiançailles une fois conclu continue de subsister jusqu'au moment où une partie, soit par ses paroles, soit par ses actes, y a mis fin (1).

Il n'est même pas nécessaire que ces actes soient positifs : la simple inaction suffit. Si une date a été fixée pour le mariage et si le fiancé laisse passer cette date sans faire une offre d'exécuter, il a rompu, et une demande de sa fiancée n'est pas nécessaire (2). Du reste, comme nous l'avons vu à propos de la doctrine de la « rupture anticipée » toute conduite inconciliable avec l'état de fiancé donne droit à l'action pour rupture.



Une fois l'action intentée, quelles sont les défenses possibles ? Il y en a un certain nombre qui sont les mêmes pour tous les contrats et qui ne doivent pas retenir longtemps notre attention. Le défendeur, ici comme ailleurs, peut alléguer l'inexistence du contrat, l'incapacité des parties, une rescission du contrat avant le commencement de l'action, un arrangement intervenu entre les parties pour régler leur différend avec paiement de la somme agréée (*accord and satisfaction*). Ce sont là des défenses absolues et si elles sont prouvées elles mettront fin à l'action.

Il y en a d'autres qui sont plus importantes en pratique. En ce qui concerne les vices du consentement, la violence et l'erreur, bien que possibles, sont d'une rareté

(1) 4 R. C. L. 153, note 9.

(2) Parkinson c. Murphy, 1919. 107 Atl. 235 (Rhode Island).

exceptionnelle. Mais, par contre, le dol joue le même rôle ici que dans les contrats ordinaires. Pour qu'il soit retenu comme vice de consentement il faut : 1° qu'il y ait eu tromperie ; 2° que cette tromperie ait été assez importante pour déterminer la décision d'une personne d'intelligence moyenne (*ordinary reasonable man*) ; 3° que cette tromperie ait déterminé effectivement le contrat en question ; 4° et qu'il en ait résulté un dommage.

La tromperie en question peut être à propos de n'importe quel élément essentiel du contrat, par exemple, la situation financière de la famille, ou la santé du fiancé. En pratique, un exemple fréquent du dol concerne la chasteté antérieure des fiancés. Mais il faut bien qu'il y ait tromperie et une tromperie n'existe pas nécessairement toutes les fois qu'un des fiancés n'arrive pas vierge au mariage. On peut citer comme exemple le cas des fiancés qui ont eu des rapports sexuels ensemble, et le cas où l'un d'eux, connaissant l'existence des rapports sexuels de l'autre avec un tiers, s'est engagé quand même. Mais si à l'insu de l'un, l'autre a eu des relations avec un tiers tout en se représentant comme chaste (1), il existe une tromperie, et le premier a une bonne défense à son usage contre toute action en rupture de fiançailles (2).

(1) Le silence d'un fiancé comme tel ne constitue pas une tromperie. Mais une relation incomplète des faits peut l'être. 9 C. J. 329, notes 76 et 77.

(2) 4 R. C. L. 168, note 17. Il y a une loi spéciale confirmant cette jurisprudence dans quatre Etats : la Californie, l'Idaho, le Montana et le Sud-Dakota. Vernier, p. 33.

Cette défense est également utilisable par les deux sexes. Il faut observer que nous sommes ici dans le domaine des contrats et une distinction entre les sexes ne peut exister dans ce contrat pas plus que dans un autre.

Certaines autres défenses, retenues par la jurisprudence, montrent que les tribunaux voient de plus en plus l'importance sociale des fiançailles. Telle est l'allégation que l'état physique du plaignant est impropre au mariage. Les maladies qui mettraient en danger la vie ou la santé de l'autre époux dans la consommation du mariage (1), les maladies vénériennes si elles ont un caractère permanent et la tuberculose (2) sont un juste motif de rupture. Il en est de même de l'impuissance et de la maladie mentale si elle est permanente (3).

Il y a certains autres faits assez sérieux que les tribunaux n'acceptent pas comme une défense. Ici surgit la théorie contractuelle des fiançailles dans toute sa rigueur. Ce sont certaines infractions à la loi pénale, certains actes indécents, l'opinion du fiancé que le bonheur ne peut pas résulter du mariage, la perte de l'affection pour la fiancée.

L'action en rupture de fiançailles se prescrit, en général, comme toutes les autres actions en rupture de

(1) Voir pour la jurisprudence, 33 A. L. R. 1238, 1924 et 4 R. C. L. 166, note 1.

(2) Grover c. Zook, 1906, 44 Wash. 489, 87 Pac. 638, 7 L. R. A. N. S. 582, McCurdy, p. 79. Pour un « case » de cancer sur la lèvre inférieure, voir Shepler c. Chamberlain, 226 Mich. 112, 197 N. W. 372, 33 A. L. R. 1232, McCurdy, p. 89.

(3) Une maladie mentale qui existait avant les fiançailles et qui est guérie n'est pas retenue. 4 R. C. L. 167, note 6.

contrat ordinaire (1). C'est encore une indication que les Etats gardent la théorie contractuelle des fiançailles. Cependant six Etats ont pris la peine de lui prescrire un délai plus court (2), mais sans changer pour cela, tout au moins expressément, la théorie contractuelle. Au contraire, un des Etats, dans une loi spéciale concernant le dol, prend la peine de nous dire que les « fiançailles » sont assujetties aux mêmes règles que les contrats en « général » (3).

★
★ ★

Si nous considérons la question de l'évaluation des dommages-intérêts, nous voyons la confusion qui règne dans ce sujet.

Les dommages-intérêts sont appréciés par les jurés qui n'en sont cependant pas les arbitres définitifs. En premier lieu, le juge du tribunal les instruit des principes de droit dont ils sont sensés tenir compte. Ensuite, si le juge trouve que la somme allouée par eux est excessive et qu'elle n'est pas étayée sur les faits de la cause, il peut casser leur décision pour demander une nouvelle appréciation par un autre jury. Dans l'exercice de ces fonctions, le juge rend une décision toujours susceptible d'appel. Ainsi nous pouvons dégager dans les arrêts des tribunaux d'appel les principes de droit qui

(1) Le délai le plus usuel est de 5 ou 6 ans après rupture.

(2) Cinq Etats : l'Alabama, l'Arizona, le Kentucky, le Tennessee et le Texas ont un délai d'un an et un Etat, le Washington, a un délai de trois ans. Vernier, p. 33.

(3) C'est le Sud-Dakota. Comp. St. 1929, Section 112. Vernier, p. 33.

sont applicables aux procédés d'évaluation de ces dommages-intérêts.

Ces principes, comme presque tous les principes de droit anglo-américain, sont dus à l'élaboration jurisprudentielle et ne reposent pas sur une législation (1). Mais les principes élaborés par les tribunaux américains ne sont pas loin de s'accorder avec les règles édictées par les articles 1149 et suivant du Code civil français. En particulier dans le domaine contractuel, la formule de l'article 1149, à savoir : « Les dommages et intérêts dus « au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite « et du gain dont il a été privé », expose bien les principes sur lesquels se base la jurisprudence américaine. Les Américains n'emploient pas les expressions *damnum emergens* et *lucrum cessans* pour désigner les deux éléments de cette formule, mais la jurisprudence américaine s'accorde dans ses grandes lignes avec le sens que les tribunaux français leur ont donné. C'est ainsi que dans le domaine contractuel les tribunaux américains, à l'instar des tribunaux français, tendent à restreindre les dommages-intérêts au dommage matériel pour écarter des considérations d'ordre moral qui ne trouvent leur place que dans le domaine délictuel.

Si donc on voyait dans les fiançailles un contrat, on prendrait en considération, pour dédommager de la rupture, les éléments suivants : comme *damnum emer-*

(1) Une loi concernant ce sujet n'existe que dans six Etats sur quarante-huit, mais les lois en question confirment simplement le sens de la jurisprudence antérieure. Dans cinq de ces Etats elle se borne à dire : Les dommages-intérêts pour rupture de fiançailles sont remis à la discrétion du jury. Vernier, p. 35.

gens les dépenses faites en vue de la cérémonie telles que l'achat du trousseau, la perte d'un emploi duquel on a démissionné et que l'on ne peut plus trouver, etc., comme *lucrum cessans* la valeur du foyer qui avait été promis et de la sécurité que la fortune ou le travail d'un mari faisait envisager pour l'avenir.

En fait les tribunaux américains, toujours conséquents avec le principe que les fiançailles sont un contrat, prennent tous ces éléments en ligne de compte quand ils contrôlent l'évaluation des dommages-intérêts par le jury (1).

Mais ils ne s'arrêtent pas là. La jurisprudence américaine penche unanimement à permettre au jury de prendre en ligne de compte beaucoup d'autres considérations qui sont nettement d'ordre délictuel. C'est ainsi que les juges permettent au jury d'évaluer les éléments suivants : la douleur mentale, la mortification, les sentiments blessés (2), la perte de santé, l'absence de justification morale de la rupture, etc.

Il y a mieux. Dans la responsabilité délictuelle, il existe en droit américain la doctrine des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires (*punitive or exemplary damages*). Ces dommages-intérêts sont alloués au plaignant en plus de la rémunération du préjudice réel,

(1) 9 C. J. 371 et suiv. C'est là où le droit américain est en opposition formelle avec le droit français. Voir l'arrêt de Jangot c. Desbois, S. 1877, 1, 85 et Deurbergue (André), *De la Promesse de Mariage dans le Droit moderne*, thèse, Paris, 1932, p. 89.

(2) Ici encore le droit américain surpasse le droit français dans sa sollicitude pour la femme. Ces peines sentimentales semblent demander une appréciation psychologique trop difficile pour que les tribunaux français en tiennent compte. Voir Deurbergue, *op. cit.*

comme une punition de la mauvaise conduite du défendeur. C'est une doctrine de punition en dehors du droit pénal. On veut faire du défendeur un exemple que le public se gardera d'imiter. Cette doctrine, qui est assez peu logique, n'existe, en dehors des fiançailles, que dans le domaine délictuel. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas alloués en général pour rupture de contrat. Mais la rupture du contrat de fiançailles est une exception. La jurisprudence de tous les Etats sauf deux (Rhode Island et Pensylvanie) permettent au jury de punir ainsi quelqu'un qui, par mauvaise foi ou par une conduite outrageante, a manqué à sa promesse de mariage.

Il y a encore un point où le droit américain suit la théorie délictuelle de la rupture des fiançailles. L'action en dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat ordinaire est un droit absolu qui n'est pas affecté par la mort de l'ayant droit. Elle survit en faveur de son héritier. Mais l'action en rupture de fiançailles meurt avec la victime, comme meurt toute action délictuelle (1).



Nous en venons maintenant à l'effet des fiançailles quant aux tiers. En réalité il n'y en a pas. Cependant, il y a lieu de se demander si les fiançailles sont protégées contre l'ingérence des tiers comme le sont les contrats ordinaires.

En droit américain, celui qui vient s'immiscer dans les affaires d'autrui pour persuader un des contractants de ne pas exécuter ses obligations commet un délit civil (*tort for inducing a breach of contract*) dont il sera res-

(1) En sens contraire il y a la jurisprudence de cinq Etats. Ver-nier, p. 37.

ponsable envers l'autre contractant. Cette doctrine protège tous les contrats et les premiers « cases » concernent l'ingérence d'un tiers dans les rapports entre commettant et préposé. Les tribunaux ont bientôt étendu cette protection à d'autres contrats, et aujourd'hui la jurisprudence abonde en « cases » où la doctrine est appliquée aux contrats commerciaux ordinaires (1).

Mais quand on en vient à l'appliquer au contrat de fiançailles on se heurte immédiatement à des difficultés. Est-ce qu'un père qui conseille à sa fille de rompre ses fiançailles va être passible de dommages-intérêts ? Voit-on des litiges entre deux « soupirants » à la main d'une jeune fille dès que l'un a gagné son cœur si l'autre a été fiancé avec elle préalablement ? Evidemment non. C'est pour ces raisons qu'en général les tribunaux refusent d'appliquer cette doctrine aux fiançailles. Les parents peuvent déconseiller des unions à leurs enfants, et les tribunaux ne se permettront pas d'examiner leurs motifs (2). Les étrangers à la famille, amis ou non, peuvent aussi user de leur influence sans craindre une responsabilité quelconque (3). Un seul « case » paraît avoir

(1) Voir *Lumley c. Gye*, 2 El. & Bl. 216, 1 Eng. Rul. Cas. 706 et les notes dans 16 L. R. A. N. S. 746, 28 L. R. A. N. S. 615 et L. R. A. 1915F. 1076.

(2) *Attridge c. Pembroke*, 256 N. Y. Supp. 257 ; *Brownstein c. Bricker*, 46 S. W. (2nd) 958 (Missouri) ; *Case c. Smith*, 1895, 65 N. W. 279, 31 L. R. A. 282 ; *Harriott c. Plimpton*, 1896, 44 N. E. 992 (Massachusetts) ; *Leonard c. Whetstone*, 1903, 68 N. E. 197 (Indiana) ; *Minsky c. Satenstein*, 1928, 143 Atl. 512 (New-Jersey).

(3) *Clarahan c. Cospers*, 296 Pac. 140 (Washington). Par des cadeaux et une augmentation de salaires un employeur a réussi à décider une de ses employées à rompre ses fiançailles.

Conway c. O'Brien, 169 N. E. 491 (Massachusetts). Un tiers étran-

étendu cette théorie au contrat de fiançailles en l'appliquant de la même façon qu'aux autres contrats (1). En somme, la théorie n'a pas beaucoup d'importance ici et il est peu probable qu'elle reçoive des extensions (2).

ger, par méchanceté, a déterminé une rupture de fiançailles. Deux juges ont donné leur opinion en sens contraire dans ce « case ».

Davis c. Condit, 1914, 144 N. W. 1089 (Michigan), 50 L. R. A. N. S. 142, Ann. Cas. 1915 B 544. Un tiers a séduit et débauché la jeune fille.

Ryther c. Lefferts, 250 N. Y. Supp. 699. Rupture déterminée par des mensonges d'un tiers.

Homan c. Hall, 1917, 165 N. W. 881, L. R. A. 1918C 1195 avec une note.

(1) C'est au Canada. Gunn c. Barr, 1 D. L. R. 855 (Alberta). Mais cette décision est critiquée dans Conway c. O'Brien, 169 N. E. 491 (Massachusetts). Il n'y a pas de jurisprudence anglaise.

(2) Il faut se rappeler ici que l'action en diffamation est possible à l'encontre de ceux qui, avec intention de nuire, racontent des mensonges.

Bibliographie

- BEALE (Joseph H.). — *Cases on Damages*, Boston, Little Brown and C^o, 1909.
- BÉRINDOAGUE (Henri). — *Des dommages-intérêts en matière contractuelle et délictuelle dans le droit anglais*, Thèse, Paris, 1923.
- COLIN (P.). — *Etude sur les fiançailles en Droit comparé*, Thèse, Paris, 1921.
- DEURBERGUE (André). — *De la promesse de mariage dans le Droit moderne*, Thèse, Paris, 1932.
- HAYES (M^{me} J.). — *Le Statute of Frauds en Droit anglais*, Thèse, Paris, 1924.
- LEPAULLE (Pierre). — *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau, 1932. (Le « trust » est employé parfois en Amérique pour constituer une dot).
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Répétitions écrites. Obligations et contrats*, 1927-1928.
- MOHAMED SADEK-FAHNY. — *Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil comparé*, Paris, Dalloz, 1924.
- PERNAT (Jean). — *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage*, Thèse, Province, 1929.
- SALMOND et WINFIELD. — *Law of Contracts*.

STRAUSS (André). — *L'esprit du contrat anglais*, Paris, Rousseau, 1931.

SWINBURNE. — *A Treatise of Spousals or Matrimonial Contracts*, 1686. (*Etude sur la procédure devant les tribunaux ecclésiastiques*).

WILLISTON (Samuel). — *Contracts*, vol. I.

PERIODIQUES

BROWN (R. C.). — *Breach of Promise Suits*, 77 University of Pennsylvania Law Review 474-97, 1929.

CARPENTER (Niles). — *Courtship Practices and Contemporary Social Change in America*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, p. 38, mars 1932.

COSTIGAN. — *Has there been Judicial Legislation in the Interpretation and Application of the « Upon consideration of marriage » and other Contract Clauses in the Statute of Frauds*, 14 Ill. L. R. 1, 1919.

RONKEN. — *Antenuptial Contracts. Their Origin and Nature*, 24 Yale L. J. 65, 1914.

WRIGHT (H. F.). — *Actions for Breach of Marriage Promise*, 10 Virginia Law Review 361-83, 1924.

Note. — *Aggravation of Damages*, 11 H. L. R. 268, 1897.

Note. — *Breach of Promise*, 33 Yale L. Jour. 444.

Note. — *Contracts to Marry*, 25 Col. L. R. 343-48, 1925.

Notes concernant le *Courtage Matrimonial*, 27 Col. L. R. 322, 1927 et 78 U. of P. L. R. 793, 1930.

Note. — *Disease of Defendant as a Defence to Action on Contract to Marry*, 16 H. L. R. 604, 1903.

- Note. — *Early Cases of Breach of Promise*, 3 Green Bag 3-6, 1891.
- Note. — *Engagement to Marry, a status — statute of Frauds*, 9 Yale L. Jour. 323-24, 1900.
- Notes. — *Incurable Tuberculosis as a Defence*, 7 L. R. A. N. S. 582 ; 16 Yale L. Jour. 523-25, 1907 ; 7 Col. L. R. 135, 1907 ; 5 Mich. L. R. 391, 1907.
- Notes. — *Inducing Breach of Promise to Marry, Theory of Suit*, 25 Col. L. R. 229-30 et 343-48, 1925 ; 34 Yale L. Jour. 526-33, 1925.
- Note. — *Interference with Engagements to Marry*, 6 Cornell Law Quarterly 437-41, 1921.
- Note. — *Liability for Inducing Breach of Promise*, 27 Mich. L. R. 478-79, 1929.
- Note. — *Marriage Contracts and the Statute of Frauds*, 14 H. L. R. 63-64, 1900.
- Notes. — *Ownership of Engagement Rings*, 40 H. L. R. 135-36, 1926 ; 57 Am. L. R. 754.
- Note. — *Promise to Marry one already Married*, 32 H. L. R. 679-83, 1919.
- *Report of the Committee on Jurisprudence and Law Reform*, 43 American Bar Association Reports 45, 1918. (*Ce rapport discute la question de savoir s'il y a lieu d'abolir l'action en rupture de fiançailles*).
- Note. — *Special Damages*, 28 H. L. R. 701-2, 1915.
-

CHAPITRE III

Appréciation du Système américain des Fiançailles

Rapport entre le droit et les mœurs, p. 155 ; — *Critique du système hybride américain, Analyse de la théorie contractuelle*, p. 157 ; — *Conception sociale des fiançailles*, p. 158 ; — *Critique du système américain d'évaluation des dommages-intérêts*, p. 160.

Si nous regardons de haut et de loin les systèmes français et américain de fiançailles, que devons-nous en penser ? En règle générale, que les deux pays aient des vues bien différentes sur ce sujet ne doit pas surprendre. Comme nous l'avons vu, l'état des mœurs dans les deux pays révèle des différences considérables. En résumé, ces différences tiennent au fait qu'en France, les liens de la famille étant plus resserrés, l'individu subit davantage l'influence de ses parents, et à cet autre fait que, la vie étant plus difficile en France, l'homme cherche par le mariage à obtenir dans une certaine mesure des avantages pécuniaires pour l'aider à faire face aux charges du nouveau foyer. En Amérique, la famille « se scinde profondément à chaque essaimage » (1) et, le pays étant riche en débouchés, le mari est moins gêné

(1) Cazamian, p. 197.

par ses nouvelles responsabilités, bien que les considérations d'ordre pécuniaire ne soient pas complètement absentes. Nous devons nous demander dans quelle mesure le droit de chacun des deux pays tient compte de ses conceptions sociales propres, et c'est d'après ce critère que nous pourrions le juger.

Tout système juridique, pour convenir aux mœurs changeantes d'un peuple, demande une certaine souplesse. Le génie du peuple français a voulu que le droit français soit codifié, ce qui le rend moins souple. Par contre, l'Américain n'a presque rien codifié, surtout dans la matière qui nous occupe ; de plus, le prestige du précédent est moins fort en Amérique qu'en Angleterre, et moins fort que ne le croient souvent les Français. Le système américain présente donc un avantage certain pour maintenir la concordance entre le droit et les mœurs.

Quand nous essayons de juger le droit de cette manière, nous pouvons nous étonner de trouver une situation juridique dans chaque pays qui serait plus en accord avec les mœurs de l'autre qu'avec les siennes. En France, où la convention de fiançailles semble revêtir un aspect plus intéressé qu'en Amérique, et où l'article 1142 du Code civil nous dit que « toute obligation de faire... » se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution... », nous trouvons cette convention sans valeur juridique. Par contre, en Amérique, où le côté sentimental des fiançailles semble primer le côté pécuniaire, et où les tribunaux sont plus libres de mouler le droit pour le mettre en accord avec les mœurs, nous trouvons que l'inexécution des fiançailles se résout bien en dommages-intérêts avec le *lucrum cessans* au premier plan



Dans le système américain, comme nous l'avons vu, on considère que les fiançailles sont un contrat, et quand on vient au cas de rupture on admet les éléments à la fois contractuels et délictuels dans le calcul des dommages-intérêts. Chaque partie de ce système hybride est critiquable.

Les fiançailles ne ressemblent au contrat ordinaire que par leur apparence extérieure et superficielle. Si nous essayons de pénétrer un peu plus au fond de l'accord entre fiancés, quelle est sa signification réelle ? La foi promise comprend certes une intention d'exécuter souvent plus sérieuse même que la promesse faite dans un contrat ordinaire. Mais ce « Je promets de t'épouser » est prononcé dans le cas ordinaire en Amérique par un jeune homme dépourvu de tout conseil de parents, à un moment de tension de ses émotions résultant d'un mélange de romanesque et d'excitation sexuelle. Dépouillée de son côté sentimental cette promesse n'a plus la même portée. Nous proposons que son vrai sens soit simplement une promesse de mariage, si après une connaissance un peu plus longue et un peu plus intime, le prometteur reste toujours du même avis. Cela revient à dire « Je t'épouserai si je le veux encore au moment de la cérémonie ».

Dans le cadre contractuel nous sommes donc en face d'une promesse avec condition suspensive, qui par ses termes, doit durer jusqu'au moment de l'exécution. Puisque la condition suspensive est de même durée que la promesse, la promesse ne peut jamais avoir une exis-

tence propre. Comment donc peut-elle être l'objet d'une action en dommages-intérêts pour inexécution? Au moment de l'accord, si les parties disaient ce qu'elles pensaient, elles ne voudraient pas une exécution de la promesse si dans l'intervalle leur attitude l'une envers l'autre avait changé. Si donc, on donne à cette promesse une interprétation réaliste, on n'y trouve pas de promesse qui puisse être la base d'une action juridique.



Mais il faut aller plus loin. Il faut donner aux fiançailles leur vraie place comme institution sociale et favoriser leur rôle comme un instrument de sélection d'époux.

Le mariage est hors le commerce. Ceci est particulièrement vrai en droit américain qui refuse le droit de cité, comme nous l'avons vu, à tout contrat de courtage matrimonial. Ce qu'a dit M. Colin en France : « Il n'y a « dans le mariage ni créancier ni débiteur » (1), est encore plus vrai en Amérique. Ce qui est vrai du mariage doit trouver son application dans le domaine des fiançailles qui n'en sont que les prémices.

Les fiançailles comme institution sociale ont pour principal but de préparer un mariage bien assorti, durable et heureux. Si nous leur assignons cette fin, nous devons leur choisir une technique qui la favorise. On n'a pas tort de leur prêter quelques éléments du domaine contractuel mais toujours à condition de ne pas perdre de vue leur but social.

(1) Colin (Ambrose), *Des Fiançailles et des Promesses de Mariage*, 1887, p. 185.

Ainsi la théorie de l'accord des volontés trouve sa place dans leur formation. La doctrine de la *consideration* n'a d'autre utilité que d'empêcher la promesse d'une des parties sans une promesse semblable de l'autre. Puisque cela n'est jamais arrivé en pratique, cette doctrine n'a d'autre utilité que de garder l'avenir contre un pacte lésin.

Les fiançailles résultant d'un accord de volontés, il y a lieu d'approuver ici la doctrine des vices de consentement, et, en particulier, l'élément de dol. Le mariage en Amérique est conçu de plus en plus au ^{xx}^e siècle comme une union entre deux personnes, égales en dignité et égales dans leurs droits. Pour rendre cette union durable il faut une confiance entière et réciproque. Si dans les fiançailles il existe une supercherie sérieuse, celle-ci minera toute confiance à venir dans le mariage. La place qu'a fait le droit américain au dol comme défense à l'action pour rupture des fiançailles est donc en complète harmonie avec leur fin sociale.

Il est bon aussi que cette défense soit également utilisable par les deux sexes. Cette égalité de l'homme et de la femme devant la loi ne fut pas en accord avec les mœurs à toutes les époques de l'histoire américaine, mais elle l'est aujourd'hui.

Aussi faut-il observer que l'essence de cette défense est une *tromperie* et non une condition impudique en soi. Or, la tromperie entre fiancés est sûrement une mauvaise augure pour un mariage durable, et c'est un bon principe de droit qui permet à celui qui a été déçu ainsi de se décharger de toute responsabilité pécuniaire pour avoir rompu de telles fiançailles.

Les tribunaux américains ont forgé, souvent inconsciemment, d'autres défenses, telles que l'état physique impropre au mariage et la maladie mentale, qui sont en conformité avec la conception sociale de fiançailles. Pour nous il est à regretter qu'ils n'en aient pas accepté d'autres, qui ont été souvent formulées en justice, telles que la désapprobation par un des fiancés de la conduite ou du caractère de l'autre, ou la simple perte de l'affection. L'existence de telles circonstances constitue certainement une mauvaise base au lien conjugal. En somme, nous ne voyons pas pourquoi les tribunaux persistent à obliger à aliéner sa liberté une personne qui *de bonne foi* s'est engagée à épouser une autre et qui, après mûre réflexion et une connaissance plus intime pendant un certain temps, décide que son mariage avec cette autre ne peut pas être heureux. Le public américain réclame depuis longtemps une telle orientation de la jurisprudence (1) et il est temps que l'on commence.



Entre le système d'évaluation des dommages-intérêts en France et celui en Amérique il n'y a pas à hésiter. Nous préférons le système français.

L'action en rupture de fiançailles telle qu'elle se pratique aux Etats-Unis donne de très mauvais résultats. En théorie elle peut être intentée aussi bien par l'homme que par la femme. Mais devant l'esprit chevaleresque du peuple américain, l'homme, en intentant une action, s'exposerait au ridicule et en reviendrait avec une répa-

(1) Vernier, p. 26 et suiv.

ration nominale (1). Bien entendu cet esprit de faveur envers la femme ne disparaîtra pas si l'on adopte la théorie délictuelle d'évaluation de dommages et intérêts. Mais l'homme souffre actuellement une double injustice, puisqu'à l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exercer toute action, vient s'ajouter, lorsqu'il a à subir la procédure de son ex-fiancée, une condamnation à des dommages excessifs (2).

L'action, du côté des femmes, protège celles qui en ont le moins besoin. Devant la publicité permise à ces actions une femme sensible recule (3). Celle qui est dépourvue de charmes et de beauté pour impressionner le jury n'obtient qu'un résultat médiocre. En pratique, l'action est un instrument d'oppression et de chantage dont usent celles seulement qui, sans scrupules, n'hésitent pas à monnayer leurs charmes devant un jury crédule.

Au-dessus de toute autre considération on peut reprocher au système américain d'avoir oublié le rôle social des fiançailles. Elles sont, par leur nature, un moyen de choisir un époux. Elles constituent un stage dans le rapprochement des deux sexes vers l'union définitive par le mariage. Devant la contrainte de payer des dommages-intérêts qui sont calculés selon la théorie contrac-

(1) Gaillard (Henry), *La Condition des Femmes dans la Législation des Etats-Unis*, 1899, p. 2.

(2) Il est même possible dans cinq Etats (Connecticut, Idaho, Michigan, New-York et Pensylvanie) d'obtenir l'arrestation du défendeur tout comme dans une action pénale. Vernier, p. 40.

(3) C'est pour échapper à cet inconvénient que la loi de deux Etats (Californie et Idaho) autorise le tribunal à déclarer le huis clos. Vernier, p. 40.

tuelle, l'homme décide à contre-cœur d'exécuter sa promesse. Il tombe ainsi de Charybde en Scylla, et devant ces malheurs aggravés il demande le divorce.

Par le jeu de la théorie contractuelle il a engagé sa liberté. Il doit se marier ou payer l'équivalent en argent, le *lucrum cessans*. Au temps où le mariage relevait de la juridiction ecclésiastique en Angleterre, les cours de l'Eglise ordonnaient la célébration du mariage sous peine de certaines censures d'ordre spirituel (1). Le dernier exemple de semblable célébration remonte à 1752 et l'année suivante le Parlement anglais a aboli cette contrainte (2). Pour les tribunaux laïques américains ces dommages-intérêts ont toujours été considérés comme l'équivalent de ces censures. Cette contrainte a été abolie en Angleterre parce qu'elle était injuste. Dans la mesure où son équivalent en argent constitue une contrainte elle est injuste aussi. Il est temps qu'on l'abolisse à son tour.

En 1918, une commission de l'Association du Barreau américain a étudié la question de savoir s'il y avait lieu d'abolir complètement l'action en dommages-intérêts pour rupture de fiançailles. Entre maintenir le système actuel et l'abolir complètement la commission a déposé ses conclusions en faveur de son maintien (3).

Mais un tel choix ne s'impose pas. La solution qu'il aurait fallu faire valoir est le système français. Les

(1) Jenks, *A Short History of English Law*, 1912, p. 310.

(2) Gaillard (Henry), *La Condition des Femmes dans la Législation des Etats-Unis*, p. 33. Voir aussi Pollock et Maitland, *History of English Law*, t. II, p. 368 et suiv.

(3) *Report of the Committee of Jurisprudence and Law Reform*, 43 Am. Bar Assn. Rep. 45 (1918).

fiancés ne sont pas des tiers l'un envers l'autre. Il existe entre eux un état de fait dont il faut tenir compte. Il ne faut pas que le fiancé s'en serve avec intention de nuire. Le sexe le plus sentimental a droit à la protection contre la mauvaise conduite, les supercheries et la fraude des hommes. De cet état de fait découlent des obligations : ne pas compromettre l'établissement de la femme en la faisant écartier d'autres partis pendant trop longtemps, ne pas la pousser à de vaines dépenses, ne pas la rendre mère sur l'assurance de la foi promise. De l'autre côté, les hommes sont parfois les victimes de supercheries et, bien entendu, toute action en justice doit être accessible aux deux sexes indistinctement. Dans tous les cas c'est en faveur des dommages-intérêts pour ces préjudices d'ordre délictuel que le droit doit se prononcer.

Devant la jurisprudence établie depuis si longtemps, il y a peu de chances que les tribunaux américains s'orientent vers les opinions que nous venons d'exprimer. Pour changer le droit positif actuel il faudrait une loi écrite.

TROISIEME PARTIE

Le Mariage — Institution juridique

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

Cadre dans lequel se meut le Mariage. — Institution juridique

Pouvoirs respectifs du gouvernement fédéral et des gouvernements des Etats, p. 166 ; — Juridictions respectives des tribunaux fédéraux et des tribunaux des Etats, p. 168 ; — Caractères généraux du droit anglais, p. 170 ; — Distinction entre law et equity, p. 171 ; — Législation anglaise antérieure à 1776, p. 172 ; — Influence du droit romain sur le droit anglais, p. 172 ; — Influence du droit canonique sur le droit anglais, p. 173 ; — Evolution du common law en Amérique, p. 174 ; — Influence du droit civil sur le droit américain, p. 176 ; — Influence du droit canon sur le droit américain, p. 177 ; — Principe de stare decisis, p. 178 ; — Le droit américain est peu connu des profanes, p. 179.

Il ne faut jamais perdre de vue, lorsqu'on étudie le droit américain, que les Etats-Unis forment une fédération d'Etats. Les treize colonies, jadis anglaises, ont, par la Constitution de 1787 qui est encore en vigueur, donné au gouvernement fédéral certains pouvoirs stric-

tement limités, et par surcroît de précaution, elles ont peu après adopté le dixième amendement qui est ainsi conçu : « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux « Etats-Unis par la Constitution ou qui ne sont pas refusés par elle aux Etats sont réservés aux Etats respectivement ou au peuple » (1).

Quand nous cherchons ailleurs dans la Constitution quels sont les pouvoirs délégués au gouvernement fédéral, nous trouvons dans l'article 1^{er}, section 8, une liste de 18 pouvoirs parmi lesquels on chercherait en vain un pouvoir relatif au mariage. Nous ne trouverons pas non plus de pouvoirs quant aux sujets annexes comme le divorce, la famille, l'éducation. Donc tout pouvoir relatif à la famille est réservé aux Etats. C'est le pouvoir législatif de chaque Etat qui édicte pour son pays les lois à ce sujet. C'est l'exécutif de l'Etat qui veille à leur application et ce sont les tribunaux de l'Etat qui tranchent les questions litigieuses. Exceptionnellement, le gouvernement fédéral possède tout pouvoir en ce qui concerne le District de Colombie (où est située la ville de Washington), les colonies et les Réserves Indiennes.

Ainsi chaque Etat est régi à la fois par le gouvernement fédéral et par le gouvernement local de l'Etat. Chacun a son champ d'action qui lui est propre : celui du gouvernement fédéral s'étend aux sujets que la Constitution lui a délégués et celui du gouvernement d'Etat à tout ce qui reste.



(1) Traduction de Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions des Nations Américaines*.

Il existe deux hiérarchies de tribunaux, les tribunaux fédéraux d'un côté et les tribunaux d'Etats de l'autre (1).

La compétence des tribunaux fédéraux est définie par la Constitution. Dans ses grandes lignes on peut dire que, *ratione materiæ*, elle concerne toutes les contestations soulevées par l'application de la Constitution, des lois fédérales et des traités, et toute la juridiction maritime, et, *ratione personæ*, elle s'étend aux litiges où seront parties certains représentants des pays étrangers, ou les Etats-Unis eux-mêmes, et aux litiges entre Etats ou entre citoyens ressortissants d'Etats différents.

La compétence des tribunaux des Etats comprend tout ce qui reste en dehors de la compétence fédérale. D'une façon générale elle s'étend à tout litige entre des personnes domiciliées dans l'Etat où est le tribunal. Si, par aventure, il se pose dans l'espèce une question d'interprétation de la constitution fédérale, des lois fédérales ou des traités, le tribunal d'Etat est encore compétent, mais les parties ou l'une d'elles ont le droit de demander que l'affaire soit portée devant les tribunaux fédéraux.

L'organisation judiciaire aux Etats-Unis n'est donc pas centralisée, mais, tout comme les autres branches du gouvernement, elle est double (2). Au sommet du système fédéral se trouve la Cour Suprême des Etats-

(1) Voir sur tout ce sujet l'excellent ouvrage de Nerinx (Alf.), *L'Organisation Judiciaire aux Etats-Unis*. Paris, Giard, 1909.

(2) On se trompe souvent sur ce point. Combien nombreuses sont les personnes qui supposent que les tribunaux américains sont un seul système au sommet duquel se trouve la Cour Suprême des Etats-Unis à Washington ! Voir par exemple, dans ce sens, Davaud (Pierre), *Ce qu'il faut connaître de l'Histoire des Etats-Unis*, p. 43.

Unis à Washington, et au sommet du système de chaque Etat est une cour suprême appelée diversement *Supreme Court* (1), *Court of Errors and Appeals* (2), *Supreme Judicial Court* (3), etc.

La jurisprudence fédérale concernant le mariage est donc assez restreinte. En premier lieu elle se compose des litiges entre citoyens ressortissant d'Etats différents ; ces cas ne sont pas nombreux car le domicile de la femme est, en général, celui du mari (4). En second lieu, elle comprend les quelques litiges entre personnes domiciliées dans le District de Colombie. Dans le cas où une personne se plaint que les tribunaux d'Etat lui ont enlevé un droit qui lui est garanti par la Constitution des Etats-Unis, l'espèce peut être portée devant les tribunaux fédéraux, mais leur compétence se borne alors à l'interprétation de la Constitution (5).

Notre travail va donc se cantonner en grande partie dans le droit des 48 Etats de la fédération américaine. Ce droit varie plus ou moins d'un Etat à un autre, et nous serons obligés de faire œuvre de comparaison à chaque pas, de noter quelles sont les théories les plus

(1) C'est l'appellation la plus répandue.

(2) C'est le cas dans l'Etat de New-York. Dans cet Etat le tribunal de première instance s'appelle « *The Supreme Court of New-York* ». Il faut se garder de croire que c'est là la cour la plus haute de l'Etat.

(3) Dans l'Etat de Massachusetts.

(4) Voir à ce sujet, *infra*, chapitre sur le Domicile dans la partie sur le Conflit des Lois, p. 345.

(5) La plupart de ces cas concernent l'interprétation du 14^e amendement qui garantit au citoyen que nul Etat ne peut lui enlever sa vie, sa liberté ou ses biens sans avoir recours à une méthode justifiable et appropriée aux yeux de la loi (*without due process of law*).

généralement acceptées et quelles sont les principales exceptions.

*
* *

Pour nous orienter dans le droit américain nous devons en retracer ici quelques traits généraux en nous demandant d'abord quels sont ses caractères d'origine anglaise, et ensuite quelles sont les influences extérieures qui, directement ou indirectement sont venues modifier son aspect primitif.

Le droit anglais se présente au juriste français comme « une masse confuse et immense dans laquelle il est souvent impossible de se reconnaître » (1).

Si on retranche de cette « masse confuse et immense » les lois votées par le Parlement, on obtient ce que les Anglais appellent le *common law* (2). « L'expression « *common law* répond adéquatement à ce que l'on pour-

(1) Glasson (Ernest-Désiré), *Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre comparés au Droit et aux Institutions de la France*, p. XXI.

(2) Nous emploierons toujours cette expression au masculin pour les raisons suivantes : une raison historique : L'expression *common law* a été empruntée aux légistes du droit canonique au XIII^e siècle comme traduction de *jus commune* (Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England*, p. 4). Ce neutre en latin doit devenir un masculin en français suivant la règle générale. Une raison pratique : Le féminin donnerait au lecteur français une première impression qui serait fausse ; on croirait qu'il s'agit ici d'une loi et que *common law* est une traduction de « loi commune ». Cette impression est absolument à éviter.

Parmi les auteurs employant le masculin on peut citer Demogue, Henri Galland, Paul Goulé (traduction de Lorenzen, *Répertoire de Droit International*), Lambert, Pierre Lepaulle, Rodrigo Octavio

« rait appeler *la coutume jurisprudentielle*, source de
« droit originale qui ne se confond entièrement ni avec la
« coutume ni avec ce que nous dénommons en France la
« jurisprudence..., mais qui est un mélange des deux » (1).
Dans ce mélange, depuis des siècles, un cas d'espèce
vient s'ajouter à la masse des autres. Cette masse s'ac-
croît comme une plante, d'abord naturellement, par
l'adjonction d'autres cas pareils et ensuite artificielle-
ment, comme si on avait greffé un rameau nouveau
sur la plante, par des décisions nouvelles basées non
pas sur les précédents, mais sur la raison pure, les
convenances, les commodités de la vie, le bon sens.
« Cette législation judiciaire... est la source la plus
« riche et la plus importante de l'histoire de la loi
« anglaise. C'est le tronc sur lequel toutes les branches
« se sont greffées. C'est la fabrique par excellence du
« *common law* » (2).



Nous n'aurons pas beaucoup à dire dans notre sujet
de la distinction curieuse de droit anglais entre *law* et
equity, sauf à propos de la compétence des tribunaux.
Cependant il y a là une distinction fondamentale sans

(*L'Amérique et la Codification de Droit International Privé*, 25 Re-
vue de D. I. P. 633, 1930), A.-C. Orescu (thèse, Paris, 1908).

Cependant, plusieurs emploient le féminin, Marc Ancel, Laurent,
Lévy-Ullmann, Roguin.

(1) Lévy-Ullmann, *Observations générales sur les Communications
relatives au Droit Privé dans les Pays Etrangers*, 1921, dans les
Mélanges Lévy-Ullmann, pp. 96-97.

(2) Lambert (Edouard), *L'Enseignement du Droit comparé*, 1919,
p. 30.

la connaissance de laquelle il serait malaisé d'aborder une étude quelconque du droit américain (1).

Le *law* est la jurisprudence des tribunaux du roi proprement dits. L'*equity* consiste dans les décisions de la chancellerie royale, décisions rendues en vertu de la justice retenue.

Petit à petit la chancellerie royale a créé sa propre jurisprudence et tout un système de tribunaux afin de juger la masse d'espèces qui lui était soumise par suite de l'étroitesse de la compétence et du caractère extrêmement technique de la procédure des tribunaux du roi.

★★

Non seulement *law* et *equity*, tels que ces deux éléments ont été compris en Angleterre, mais aussi toutes les lois votées par le Parlement anglais, antérieures à 1776, ont influencé le droit américain. Cette législation, peu volumineuse en soi, n'en est pas moins un amalgame de lois confuses, incompréhensibles pour qui n'est pas familiarisé avec l'histoire du *common law* sur lequel elle s'est greffée.

★★

Dans cet héritage destiné à l'Amérique trouverons-nous des aspects familiers ? Les auteurs discutent beaucoup sur l'importance de l'apport fait au droit anglais par le droit romain, mais, suivant toutes les thèses, cet

(1) Sur cette distinction, voir Lévy-Ullmann, *Comment un Français peut-il aborder utilement l'étude du Droit Anglais-Américain*, 1919, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

apport n'a pas été grand, et selon plusieurs d'entre elles il est négligeable (1).

★★

Mais si le droit anglais n'a pas été beaucoup influencé par le droit romain, il l'a été, au contraire, par le droit canonique (2). A partir du ^{xii}^e siècle, il a été admis que le mariage relevait de la compétence des tribunaux ecclésiastiques qui appliquaient le droit canon. Pourtant, toutes questions relatives aux effets civils du mariage appartenaient aux pouvoirs laïques. Bien que le jeu de ces deux compétences ait produit quelquefois des résultats bizarres (3), la double compétence exista encore jusqu'à une période beaucoup plus récente. La Réforme fit perdre définitivement tout pouvoir à l'Eglise de Rome, mais les tribunaux de l'Eglise anglicane, église d'Etat en Angleterre, continuèrent d'appliquer le droit canonique. Dès ce moment, ce droit eut son développement propre « comme un rameau détaché du tronc et planté dans une terre nouvelle » (4). Le droit appliqué était le droit canonique antérieur au Concile de Trente.

(1) Une évaluation qui nous paraît très juste se trouve dans Winfield, *Chief Sources of Legal English History*, chapitre IV, qui donne une longue bibliographie. Voir aussi Holdsworth, *History of English Law*, t. II, p. 267-286. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, chapitre IV. Senior, *Doctors' Commons and the Old Court of Admiralty*. Caillemer, *Le Droit civil dans les Provinces Anglo-Normandes au XII^e siècle*.

(2) Voir, à ce sujet, Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England*. Pollock and Maitland, *History of English Law*, t. I, p. 111-135. Holdsworth, *History of English Law*, t. I, p. 354-355.

(3) C'est ainsi que les tribunaux ecclésiastiques acceptaient la légitimation de l'enfant naturel par le mariage de ses parents après sa naissance et que les tribunaux laïques lui refusaient les droits successoraux d'un héritier. Pollock and Maitland, *op. cit.*, t. I, p. 127.

(4) Esmein, p. 34.

Petit à petit les tribunaux de l'Eglise anglicane perdirent leur compétence, et la loi de 1857 qui transférait cette compétence aux tribunaux laïques (1) n'a fait que consacrer un état de choses qui avait existé depuis longtemps. Depuis lors le droit appliqué par les tribunaux laïques continuaient d'être dans une large mesure le droit canonique.

En plus du droit canonique le *common law* avait absorbé, après la conquête par les Normands, certains principes du vieux droit français (2), mais ce fait resta sans influence sur le sujet qui nous occupe.

Voilà dans ses grandes lignes l'héritage que l'Angleterre a transmis à l'Amérique en 1776. Quel est le sens de son évolution sur le Nouveau Continent ?



Le *common law* anglais a continué d'être à la base des institutions juridiques de l'Amérique. Les premiers juges américains sont restés dans l'esprit du *common law* parce qu'ils n'ont pas connu autre chose et qu'étant d'origine anglo-saxonne, cela leur était naturel.

Cependant on apporta un tempérament à certaines doctrines du *common law*. On élimina certains principes qui furent considérés comme impropres aux conditions d'existence de la jeune république. Comme l'a dit un juge américain : « Le *common law* n'a été adopté (aux « Etats-Unis) que dans la mesure où ses dispositions

(1) Holdsworth, *History of English Law*, t. I, p. 391.

(2) Voir à ce sujet, Lambert, *L'Enseignement du Droit comparé*, 1919, chapitre sur « Les Relations entre l'Histoire du Common Law Anglais et l'Histoire du Droit Français ».

« étaient appropriées aux conditions des colonies ; et
« par cette circonstance nous voyons que ce qui est *com-*
« *mon law* dans un Etat n'est pas considéré comme tel
« dans un autre. Les décisions judiciaires, les usages et
« les coutumes des Etats respectifs doivent déterminer
« dans quelle proportion le *common law* a été introduit
« et sanctionné par chacun d'eux » (1).

Nous trouvons donc aux Etats-Unis un *common law* distinct dans chacun des 48 Etats. Le législateur de chaque Etat l'a modifié dans ses détails, mais partout le corps principal reste imprégné de ses origines. La jurisprudence n'a pas toujours évolué dans les différents Etats d'une façon identique, mais les ressemblances l'emportent encore sur les différences.

L'Amérique a reçu, comme il était naturel, la distinction entre *law* et *equity*, mais, au cours du xix^e siècle, le législateur, dans presque tous les Etats, pensant réduire les formalités d'une double procédure, a aboli cette distinction et a décidé que la compétence des tribunaux d'*equity* serait amalgamée avec celle des tribunaux de *law* (2). Bien qu'ainsi *law* et *equity* ne forment qu'un seul ensemble presque partout, le droit est encore fortement imprégné de l'ancienne distinction. La double procédure existe encore devant les tribunaux fédéraux.

(1) Du juge McLean dans *Wheaton c. Peters*, 8 Peters 659. Nous avons adopté la traduction de cet extrait du professeur Lambert dans *l'Enseignement du Droit comparé*, 1919, p. 64.

(2) Les tribunaux d'*equity* n'ont pas été établis partout à la même époque. Ils ont pénétré tard en Pensylvanie — en 1837 — et avant cette date ils avaient déjà été fondus avec les tribunaux de *law* dans l'Etat voisin de New-York. Les tribunaux d'*equity* existent séparés des tribunaux de *law*, encore aujourd'hui dans quelques Etats — exemples, Alabama, New-Jersey.



Examinons maintenant s'il existe dans ce droit américain des concepts qui seraient familiers au juriste français. L'influence du droit romain à travers le droit civil s'est fait sentir sur les territoires qui ont appartenu soit à la France soit à l'Espagne : Louisiane, Floride, Texas et Californie. C'est surtout en Louisiane qu'on parle de l'influence du droit civil (1). A notre avis, cette influence est moins importante qu'on ne le croit. L'impression est d'origine livresque. En effet, en feuilletant le Code civil de la Louisiane, on le trouvera presque identique au Code civil français. Mais aujourd'hui, en Louisiane, on parle français bien moins qu'autrefois ; souvent le juge a reçu son instruction juridique dans un autre Etat ; et si nous examinons la jurisprudence, nous voyons que beaucoup de questions, dont s'occupe le Code, sont tranchées sans la moindre référence à ce Code, voire même en contradiction flagrante avec ses principes.

En dehors de ces Etats jadis espagnols ou français, l'influence du droit romain est presque négligeable. Avec le droit anglais, l'Amérique a hérité du peu de droit romain que le droit anglais avait reçu à son tour au Moyen âge, mais l'Amérique n'a, pour ainsi dire, rien reçu directement et ne reçoit encore presque rien aujourd'hui. On n'étudie pas le droit romain en Amérique. Parmi les avocats, il n'y en a pas un sur dix qui en ait jamais lu une page (2).

(1) Lambert (Edouard), *L'Enseignement du Droit comparé*, 1910, p. 48 : « Le Code civil de Louisiane... émerge aujourd'hui dans la masse du *Common Law* comme un îlot résistant de droit français. »

(2) Une note dans le t. XIII du *Journal of Comparative Legislation and International Law*, p. 133, nous dit : Il n'y a pas de



L'influence du droit canonique sur le droit américain est médiate. Il n'a jamais existé de tribunaux ecclésiastiques en Amérique. Au moment de la Révolution américaine une grande partie du droit canonique était déjà intégrée dans le *common law* et ces doctrines avaient subi le même tri que les autres doctrines du *common law*. N'avaient été retenues que celles qui plaisaient. Cependant, beaucoup de ces doctrines restent dans le droit américain, comme nous allons le voir en examinant le droit relatif au mariage. Mais de nos jours, le juriste américain ne remonte presque jamais aux sources du droit canonique. Il n'en prend en général que ce que les tribunaux laïques anglais ont adopté, et il ne cherche pas plus loin. L'Amérique n'a pas d'Esmein.

Tout compte fait, le droit américain contient peu d'éléments qui soient familiers aux juristes français. Dans l'étude de ce droit, ceux-ci arriveront difficilement à se sentir en terrain connu. Cependant, l'étude du droit américain s'impose, car, bon gré mal gré, le monde s'américanise, et on peut se demander si le mariage à l'américaine n'aura pas à l'étranger le succès de certaines autres institutions américaines.

Faculté de Droit en Amérique (1928) où un cours de droit romain soit obligatoire pour l'obtention de la licence en droit. Un cours de droit romain est professé à Harvard ; il est destiné en principe aux étudiants de doctorat, futurs professeurs de droit. A Harvard, en 1927, un seul étudiant sur 265 étudiants de licence a été examiné dans cette matière. Il existe, cependant, un manuel de droit romain récemment publié à l'usage de l'étudiant : Radin (Max), *on Roman Law*, West Publishing C°, St-Paul.



Nous allons noter maintenant quelques caractères du droit américain qui le distinguent du droit anglais.

Une première différence entre le droit anglais et le droit américain consiste dans le principe de *stare decisis*, principe qui veut qu'un tribunal reste fidèle dans ses décisions à la jurisprudence déjà existante. La force d'autorité qu'ont les précédents judiciaires en Angleterre réside en partie dans la présomption d'après laquelle ce qui a déjà été décidé par un tribunal compétent a été correctement décidé, et par conséquent ne devrait pas être reconsidéré, et en partie sur la conception selon laquelle une décision judiciaire fait partie intégrante du droit positif. Selon cette conception, la décision solennelle d'un tribunal compétent retire du domaine de l'abstraction le principe énoncé et lui confère le caractère d'un modèle fixe et permanent. On considère en Angleterre qu'une décision judiciaire doit être sauvegardée de toutes atteintes ultérieures, et que non seulement les tribunaux inférieurs, mais aussi le tribunal auteur de la décision en question ne pourront plus la modifier (1).

La Chambre des Lords (le sommet de la hiérarchie judiciaire anglaise) s'est imposée et s'impose encore le principe de ne jamais se départir de ses doctrines antérieures. A ses yeux, elle ne peut pas avoir eu tort. La Cour Suprême des Etats-Unis n'a pas suivi cette voie (2).

(1) Black, *Law of Judicial Precedents*, 1912, p. 3, West Publishing Co., St-Paul.

(2) A ce sujet voir Lambert, *L'Enseignement du Droit comparé*, 1919, p. 69-70.

Elle confirme presque toujours ses précédentes décisions, mais elle ne se croit pas absolument obligée de le faire. Quand une décision n'est plus en accord avec les conditions nouvelles de l'existence, la Cour Suprême n'hésite pas à la rejeter. Les exemples n'en sont pas nombreux, mais il en existe. Les tribunaux des États ont établi le même principe. Il en résulte que la jurisprudence américaine s'est quelque peu débarrassée de la lenteur d'évolution qui caractérise la jurisprudence anglaise.

Pourtant, le principe des précédents est fortement enraciné en Amérique. Il faut un courant d'opinion bien fort, et l'évidence manifeste d'une erreur pour motiver une telle volte-face, surtout quand il s'agit d'un point où la jurisprudence est bien établie.

La tendance en France qui consiste à donner de plus en plus de valeur à la jurisprudence, et l'existence en Amérique de la liberté de reconnaître ses torts et de ne plus suivre la jurisprudence établie mettent les deux pays pratiquement sur le même pied bien qu'ils y soient parvenus en se conformant à des principes opposés.



Une des caractéristiques du droit américain est qu'il est beaucoup plus éloigné des connaissances courantes du commun des mortels que ne l'est le droit français. Cela s'explique, à notre avis, par deux raisons.

En premier lieu, le droit américain n'étant pas codifié n'est pas aussi accessible au premier venu que le droit français. Le Code civil français est à la portée de tout le monde. Tout lecteur peut y prendre connais-

sance du droit qui le régit, au moins dans ses grandes lignes. Il est évident que l'homme ordinaire sera loin de tout savoir de son droit en lisant le Code civil, mais tout ce qu'il peut y lire et comprendre réduit considérablement pour lui le domaine de l'inconnu. Il n'y a rien de pareil en Amérique. Les soi-disant *codes* ne sont que des compilations de lois dont la plupart ne concernent que la procédure, et qui, en tous cas, ne sont qu'une série de greffes sur les principes établis par les tribunaux (1). Ces *codes*, ces compilations de lois sont incompréhensibles si l'on ne possède pas une connaissance exacte du *common law*. Or, l'homme ordinaire ne peut guère connaître le *common law*, car il se trouve dans des milliers de volumes (2) où il est exprimé dans un langage touffu, archaïque et rébarbatif. Donc, pour l'homme de la rue aux Etats-Unis, le droit paraît être une science à peu près aussi éloignée de sa sphère de connaissances qu'un sujet tout à fait technique comme l'astronomie pour un profane en France.

Une seconde raison de cet état de choses est due au système d'éducation américain. Il y a une séparation nette dans les études entre la discipline juridique et la discipline des sciences sociales. Le jeune Américain entre à la Faculté de Droit presque uniquement pour se

(1) « Les Anglo-Saxons mettent le droit au-dessus des lois ». Barthélemy, dans l'Introduction, p. ix du Galland, *Le Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois en Amérique*, thèse, Lyon, 1933.

(2) M. Charles Evans Hughes, l'honorable Président de la Cour Suprême des Etats-Unis, dans un discours publié en 1924, a dit que *chaque année* les arrêts des tribunaux de dernier ressort des Etats américains couvrent 175.000 pages. The Docket, janvier 1933, t. IV, p. 3575.

préparer à la carrière d'avocat ou de magistrat. Le grand public, qui n'y entre pas, se trouve à peu près dépourvu des notions juridiques même les plus élémentaires. Le public n'est pas à même de comprendre l'intérêt que présenteraient pour le pays telle réforme de procédure, ou telle autre réforme des institutions légales. Les représentants du peuple, dans les assemblées législatives, s'ils ne sont pas avocats, ne savent pas situer les nouvelles lois dans le cadre de l'ensemble. Ces nouvelles lois sont souvent très mal rédigées. Les hommes les plus éclairés connaissent, en fait, les imperfections de la législation américaine, mais ils n'ont pas la compétence nécessaire pour les préciser, et n'ayant pas confiance dans la technique des juristes ils s'adressent à des organisations privées en vue d'obtenir des changements ou des réformes. C'est pourquoi les organisations telles que les chambres de commerce, les clubs sociaux, les églises, les fondations, les bureaux de propagande, tous et toutes jouent un rôle si important dans la réglementation de l'ordre et de l'administration de la justice. On les voit jouer auprès de l'organisation officielle de l'Etat le rôle en quelque sorte « d'Eminence Grise ».

Bibliographie

- ANCEL (Marc). — *La « Common Law » d'Angleterre*, Paris, Rousseau and C°, 1927.
- ASHLEY (G.). — *Le Pouvoir central et les Pouvoirs locaux (Angleterre, France, Etats-Unis)*, traduit par L. MARTIN, Paris, Giard, 1921.
- BEACH (Charles). — *The Civil Law in America*, 1912.
- BLACK (H. C.). — *Interpretation of Laws*, St. Paul, Minn. West Publishing C°, 1911.
- BLACK (H. C.). — *Law of Judicial Precedents*, St. Paul, Minn., West Publishing C°, 1912.
- GLASSON (Ernest-Désiré). — *Histoire du Droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparé au Droit et aux Institutions de la France*.
- GOODHART. — *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 Yale L. J. 161, 1930.
- HOLMES (O. W.). — *The Common Law*, Boston, 1881.
- KUHN (Arthur K.). — *Principes de Droit anglo-américain*, Paris, 1924.
- LAMBERT. — *L'Enseignement du Droit comparé*, 1919.
- LEHR (Ernest). — *Etude sur le Droit civil des Etats-Unis d'Amérique*, 1906.

- LEPAULLE (Pierre). — *Le système du « case » et la méthode socratique dans les Ecoles de Droit américain*, Revue Internationale de l'Enseignement, mai-juin 1920, p. 161.
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du Droit anglo-américain*.
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques. II. Le Système juridique d'Angleterre*, Paris, Sirey, 1928.
- MADIER (G.). — *L'Association du Barreau américain*, Paris, Giard, 1922.
- NÉRINCX (Alfred). — *L'Organisation judiciaire aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1909.
- REINSCH (Paul S.). — *English Common Law in the Early American Colonies*, University of Wisconsin Madison, Wis., 1899.
- REY. — *La Commission américaine d'Uniformité des lois d'Etats*, Paris, Giard, 1927.
- VALEUR (Robert) et LAMBERT (Edouard). — *L'Enseignement du droit en France et aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1928.
- *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*. Préfaces de Henri CAPITANT et Edouard LAMBERT. (Ces préfaces décrivent la méthode américaine d'enseigner le droit (case method).
- *Marriage and Divorce (Amendment to the Constitution)*, United States Government Printing Office, p. 28, le 11 janvier 1924.
-

CHAPITRE II

La nature juridique du Mariage

Controverse pour savoir si le mariage est un contrat, p. 184 ;
— *Distinction entre deux sens du mot mariage*, p. 186 ;
— *Définition du contrat*, p. 187 ; — *Conclusion*, p. 188.

Le mariage est-il un contrat ? Cette question depuis des siècles a donné lieu à beaucoup de controverses. Les uns soutiennent que le mariage est un contrat afin de lui appliquer d'emblée les règles contractuelles ou certaines d'entre elles, par le jeu de la déduction du genre à l'espèce ; ce qui serait vrai du genre serait vrai de toute espèce contenue en lui. Les autres soutiennent le contraire afin de soustraire le mariage à l'application de ces règles. Presque tous ont un motif ultérieur, chacun voulant soutenir sa thèse spéciale, selon que le mariage appartiendrait ou n'appartiendrait pas au genre contrat.

Remontant loin dans le droit canonique, nous voyons toute l'école de Pierre Lombard poser la doctrine du mariage-contrat. « Elle leur servait de réplique à l'opinion, qui eut de nombreux partisans, d'après laquelle le mariage se formerait par *copulation carnalem* » (1).

(1) Renard (Georges), *Qu'est-ce que le mariage ? Institution ou*

. Quand, au xvii^e siècle, le pouvoir royal cherchait à substituer son autorité à celle de l'Eglise en matière de mariage, les anciens jurisconsultes s'appliquaient à formuler une théorie contractuelle du mariage afin d'arguer que le mariage comme tous les contrats devait relever de la puissance séculaire (1).

Aujourd'hui une autre école (2) veut voir dans le mariage un contrat afin de déduire la conséquence qu'il doit pouvoir se dissoudre par *mutuus dissensus*.

Laissant de côté toutes ces thèses spéciales, et nous adressant à la question de principe, devons-nous appeler le mariage un contrat ? La réponse à cette question dépendra de l'idée qu'on se fait du contrat d'un côté et du mariage de l'autre.

Puisque la conception du contrat peut être différente en Amérique de ce qu'elle est en France, le mariage peut être un contrat en Amérique alors qu'il ne l'est pas en France. Aussi puisque la conception du mariage change d'Etat à Etat en Amérique, il peut être contrat dans les uns et non dans les autres.

Les juristes français qui soutiennent que le mariage est un contrat définissent le contrat d'une manière très large : « Toute union de deux ou plusieurs volontés en

Contrat ? dans *Studi Filosofici Dedicati a Giorgio del Vecchio* 1931, p. 350.

L'Eglise catholique enseigne encore que le mariage est un contrat : voir Dubois (S. E. le Cardinal), *Manuel pour la célébration du Sacrement du Mariage selon le Rituel Romain à l'usage du Diocèse de Paris*, p. 43.

(1) Kerambrun, *L'Idee du Mariage depuis le Code civil jusqu'à nos jours*, thèse, Paris, 1909, p. 15.

(2) Les partisans de l'union libre et de la liberté de divorce comme Victor Margueritte.

« vue de créer des droits » (1) ou « un accord de volontés productif d'obligations » (2). D'autres, par contre, refusent d'admettre le mariage au rang des contrats parce qu'ils voient que presque tous les droits et toutes les obligations du mariage découlent de la loi et ne dépendent nullement des tractations des parties.

On trouve exactement cette même controverse quant à la nature contractuelle du mariage parmi les auteurs anglais et américains. Les uns refusent d'appeler le mariage un contrat parce que pour eux la notion de contrat implique la liberté des parties dans la détermination de leur obligation (3). Les autres considèrent que le mariage est un contrat parce qu'ils voient dans l'accord des volontés (4) son élément le plus essentiel.



D'un autre côté il faut éviter une confusion. Le mot mariage est employé dans chacune des deux langues, française et anglaise, dans deux sens différents. Dans un sens, il signifie la relation entre les époux qui continue tant que le lien conjugal existe, dans l'autre sens le mariage est la cérémonie par laquelle les époux entrent dans cette relation.

(1) Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, t. I, p. 361.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1^{re} édition, t. II, p. 295.

(3) Salmond et Winfield, *Law of Contracts*, p. 8. Williston écarte toute étude du mariage de son traité sur les contrats parce que les droits et les devoirs des époux sont fixés par la loi. *Williston on Contracts*, t. II, p. 1939.

(4) Chitty, *Treatise on the Law of Contracts*, 16^e édition, par Wyatt Faine, Sweet and Maxwell, Londres, 1912, p. 592. Peck, p. 129, est d'avis que le mariage-cérémonie est un contrat,

Tous les juristes américains sont d'accord pour dire que le mariage dans le premier sens n'est pas un contrat, mais un état (*status*) dont il appartient à la loi de fixer tous les effets.

Mais, par contre, la question de savoir si on doit appeler contrat le mariage-cérémonie, cet acte par lequel un homme et une femme se soumettent au *status* du mariage, reste le centre de la controverse.

Ceux qui refusent de ranger le mariage-cérémonie parmi les contrats ont peur de le soustraire ainsi à toute réglementation par la loi. Mais il suffit de noter que la loi a réglementé, et souvent dans les moindres détails, beaucoup d'accords qu'on n'hésite jamais à appeler contrats. Ainsi le contrat de louage de services est créateur en droit américain d'un *status* qui pose pour la protection du préposé toute une législation concernant les conditions de travail, la rémunération et les dommages-intérêts à payer en cas d'accidents (Workmen's Compensation Laws). C'est donc un contrat qui a pour effet d'ouvrir un *status*. Le contrat de société, les effets de commerce, le transport public de marchandises ou de personnes sont d'autres exemples où la loi réglemente non seulement les effets mais même la forme du contrat. On peut même dire qu'aujourd'hui les cas de contrats où les parties déterminent souverainement toutes les obligations qui en découlent sont de plus en plus rares. Laissez-faire est mort, la loi s'insinue dans tous les coins.

★
★★

Si on essaie de dégager une formule qui soit vraie de tous les contrats en droit anglo-américain on ne peut

mieux trouver que celle que pose Williston : un contrat est une ou plusieurs promesses desquelles résultent des obligations en droit (1). Ici il n'est même pas besoin d'accord des volontés, comme en droit français, car bien avant l'existence du simple contrat résultant de l'accord de volontés, existait le contrat sous sceau par lequel une personne pouvait se trouver obligée même si son sceau était employé par une autre à son insu (2). Et même si on se limite aux simples contrats (contrats non solennels), la théorie objective des contrats a pour résultat que l'accord des volontés n'est pas un élément indispensable (3).



Vraiment, quand on est arrivé là on voit qu'on n'a pas dit grand'chose en posant le principe que le mariage, dans le sens de la cérémonie, est un contrat. Bien entendu, dans la définition de Williston, le mariage est un contrat, mais après ? Jusqu'à ce point-là on n'a rien dit d'importance. Surtout en le disant on n'implique pas que la loi ne peut pas le régler.

La controverse est une logomachie sans grande conséquence pour ceux qui veulent aller au fond des choses. La décision à prendre est une simple question de mots. Pour la résoudre, il y a lieu de chercher simplement les raisons de convenance. On pourrait décider d'appeler toujours toutes les portes « fenêtres », et cela ne chan-

(1) « *A contract is a promise or a set of promises to which the law attaches legal obligation* ». Williston on *Contracts*, t. I, p. 1.

(2) *Ibid.*, p. 412.

(3) Voir Oliphant, note 19 Mich L. R., 360-361, 1921.

gerait rien dans la matière, mais tant que tous les autres appellent les portes « portes » il est plus commode de faire comme eux. Les mots n'ont de signification que celle qu'on leur donne (1).

Les juristes américains appellent en général le mariage-cérémonie un contrat, et dans nombre d'États il y a même des lois qui le déclarent tel. Dans plusieurs autres États la loi déclare que le mariage est un *status* qui prend sa naissance dans un contrat (2).

Dans environ la moitié des États il existe le mariage dit de *common law* qui est le fantôme moderne du mariage de l'école française en droit canonique, le mariage *per verba de praesenti*. Dans ses formes de célébration, ce mariage est calqué fidèlement sur des conceptions contractuelles. Quand dans ces États on peut se marier par correspondance tout comme on pourrait acheter un sac de charbon, il n'est pas étonnant que les juristes baptisent cette cérémonie un contrat. Dans les autres États où l'on est obligé de revêtir de certaines formes la célébration du mariage, il n'y a rien en cela qui soit en désaccord avec la conception de contrat. La loi impose des formes à beaucoup d'autres contrats.

Pour ces raisons nous allons dans cette thèse appeler « contrat » la cérémonie par laquelle un homme et une femme entrent dans l'état des gens mariés. Quand nous

(1) Selon le vénérable Justice Holmes, de la Cour Suprême des États-Unis, « Un mot n'est pas un cristal transparent et constant ; il est la peau d'une pensée vivante, et il peut varier beaucoup en couleur et en contenu selon les circonstances et le moment de son emploi ».

(2) 38 C. J. 1272-1274.

aurons à parler du mariage dans le sens de la relation entre époux nous dirons *état* ou *status*.

Ceci dit, il ne faut pas oublier qu'il y a contrat et contrat. En appelant le mariage-cérémonie un contrat nous ne fermons pas la porte à des considérations sociales multiples qui doivent être pesées dans la question de savoir qui peut se marier, et comment il peut se marier. Le mariage-*status* a été défini « le consortium » de deux êtres embarqués pour une destinée « (1) ou « une société sainte que Dieu sanctionne et consacre » (2) ou « l'union sexuelle de l'homme et de la femme » (3) ou « la fusion de deux vies dans le but de parcourir le chemin épineux de la vie, la main dans la main, en s'aidant mutuellement et aussi dans le but encore plus grand de fonder une famille et de transmettre la vie » (4), mais que l'on soit d'accord ou non sur une définition du mariage-*status* tout le monde est d'accord pour lui reconnaître une grande importance. Le mariage-cérémonie est la porte d'entrée à ce *status* (5). Il importe

(1) Renard, *op. cit.*, p. 356.

(2) Dubois (S. E. le Cardinal), *Manuel pour la célébration du Sacrement de mariage selon le Rituel Romain à l'usage du diocèse de Paris*, p. 26.

(3) Kerambaum, *L'Idée du Mariage depuis le Code civil jusqu'à nos jours*, p. 11.

(4) Miquel (Henry), *L'Impuissance et le Mariage*, p. 83.

(5) La distinction des deux sens du mot mariage, et la désignation d'un de ces sens de « contrat » et de l'autre de *status* sont fréquentes chez les auteurs américains. Bishop, *Marriage, Divorce and Separation*, n° 167, parle de « *contract of marriage which forms the gateway to the status of marriage* ». Vanneman, dans le 9 Minn. L. R. 497 (1925), parle de mariage comme « *a status ushered in by a contract* ». — Voir aussi Tiffany, p. 2 et Peck, p. 129.

donc au plus haut point que ne franchissent cette porte que ceux qui ont des qualifications que la société exige.

Donc si nous avons décidé de baptiser contrat le mariage-cérémonie, là nous ne sommes qu'au seuil de sa vie, et là commence toute l'étude de la réglementation qu'il convient de lui donner.

Bibliographie

- BERNARD (P.). — *Le mariage civil est-il un contrat?*
Thèse, 1902.
- CLEVELAND. — *Status and the Common Law*, 38 H. L. R.
1074, 1925.
- DURAND (Jacques). — *Remarques sur la nature contractuelle du mariage. Essai de la logique juridique*, Thèse, Paris, 1917.
- LAISNEY (Jean). — *Mariage religieux et mariage civil*,
Thèse, Paris, Editions Spès, 1930.
- LEMAIRE. — *Nature contractuelle du mariage*, Thèse,
1901.
- RENARD (Georges). — *Qu'est-ce que le mariage : institution ou contrat?* Studi Filosofici-Giuridici,
Dedicati à Giorgio del Vecchio, 1931.
- RENARD (P.). — *Le mariage civil est-il un contrat?*
Thèse, Paris, 1901.
- LEFEBVRE (Charles). — *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?* Conférence faite à la Sorbonne. Extrait
de la Nouvelle Revue Historique de Droit
p. 300, 1902.
-

TITRE PREMIER

CONDITIONS D'EXISTENCE DU MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

Empêchements absolus

Identité de sexe, p. 193 ; — *L'impuissance*, p. 194 ; — *L'âge*, p. 196 ; — *Bigamie*, p. 200 ; — *Délai de viduité*, p. 202 ; — *L'aliénation mentale*, p. 203 ; — *Les maladies*, p. 207 ; — *Le certificat prénuptial*, p. 207.

Le mariage, contrairement aux règles des contrats ordinaires, ne peut se former qu'entre un homme et une femme. Ce principe, qui a sa base dans la nature, est aussi fondamental et aussi certain en droit américain qu'en droit français. C'est précisément parce que ce principe va sans dire que dans les deux pays le législateur ne s'est pas donné la peine de le formuler expressément.

Il serait invraisemblable de rencontrer un cas d'espèce bien net. La pratique ne fournit que des exemples où par suite d'un vice de conformation physique il est difficile de déterminer le sexe. Dans ce cas, la question

relève de la technique de la médecine légale, et une autorité médicale doit décider si l'individu est bien du sexe opposé à celui de son conjoint. Là commence et finit la question. Bien entendu, il se peut que dans ces cas de défaut de formation physique l'autre conjoint puisse se prévaloir d'autres causes de nullité, par exemple du dol ou de l'impuissance. Nous examinerons la question de dol à propos du consentement des époux.

*
* *

En ce qui concerne l'impuissance, le droit américain la pose très nettement comme une des causes d'annulation du mariage (1). Ceci est un principe du *common law* reçu de l'Angleterre qui l'a reçu à son tour du droit canonique. Mais bien qu'il en soit ainsi, la législation de tous les Etats s'occupe de la question. Selon la loi de tous les Etats, sauf la Georgie et la Caroline du Nord, l'impuissance ne produit pas la nullité absolue du mariage, mais le rend annulable sur la demande de la partie lésée (2). En effet, il y a des cas où les tribunaux refusent d'annuler le mariage pour cette raison. On peut donner comme exemple le mariage des vieillards (3) et le mariage des personnes connaissant l'existence de ce défaut au moment de la cérémonie. Dans ce cas, le fait est accepté d'avance. En plus, on trouve des cas où l'impuissance est telle qu'une opération chirurgicale la fera disparaître. Dans un tel cas ce sera seulement sur le

(1) Tiffany, p. 29 ; Peck, p. 137.

(2) Vernier, p. 197.

(3) Hatch c. Hatch, 110 N. Y. Supp. 18, 1908 ; Jacobs, p. 242 ; Schouler, p. 1377.

refus de subir cette opération qu'une action en annulation peut être fondée (1).

Dans la Georgie, la loi interdit le mariage des impuissants, et dans la Caroline du Nord la loi déclare un tel mariage nul et non avenu (2). Ce sont là des bévues du législateur, et nous ne croyons pas que les tribunaux de ces deux Etats puissent interpréter ces lois de façon à rendre impossible le mariage des vieillards ; ou le mariage des jeunes impuissants s'il n'y existe pas de tromperie.

Dans tous les cas l'impuissance qui est retenue par les tribunaux comme cause de nullité, est l'impossibilité d'avoir des rapports sexuels, et non la stérilité ou la frigidité (3). Cette conception particulière d'après laquelle le mariage a sa base dans les plaisirs de la chair, vient en premier lieu de saint Paul qui a glorifié l'état de célibat, et qui a posé le principe de l'infériorité du mariage dans la célèbre phrase : « Car il vaut mieux se marier que de brûler » (4). Cette doctrine a passé ensuite dans le droit canonique (5), et de là dans le droit anglais et américain. Peu de textes ont eu un plus grand effet pour avilir le mariage (6). Selon cette doctrine, il faut que la généralité des hommes se marient. Sinon ils feront pire. Par conséquent, il faut favoriser le

(1) Pour la jurisprudence, voir L. R. A. 1916C, 694.

(2) Vernier, p. 197.

(3) Turney c. Avery, 92 N. J. Eq. 473, 113 Atl. 710, 1921 ; Jacobs, p. 241.

(4) Epître aux Corinthiens, chapitre VII, verset 9.

(5) On le trouve dans le canon 1013 du *Codex juris canonici* de 1918.

(6) Telle est l'opinion des historiens du droit anglais, Pollock et Maitland, *History of English Law*, t. II, p. 383.

mariage comme un moindre mal. Mais les très purs se tiennent à l'écart du mariage comme d'une souillure.

En droit il faut se placer au lendemain de la célébration pour apprécier s'il existe une impuissance qui puisse être une cause de nullité de mariage. Une fois le mariage consommé, l'impuissance survenant plus tard est sans effet sur la validité du mariage.

La littérature juridique américaine ne révèle pas, à notre connaissance tout au moins, de cas où l'homme ait pu féconder son épouse bien que la copulation entre les époux soit impossible (1). S'il en existait, nous n'hésiterions pas à croire que le résultat serait la nullité du mariage en Amérique comme en France.



Depuis les premiers temps on a toujours exigé dans le monde chrétien que les enfants aient atteint un certain âge pour pouvoir se marier. Ce principe répond à deux préoccupations différentes. D'une part, on a voulu que l'enfant puisse consentir à son mariage, et de l'autre qu'il soit pubère.

En ce qui concerne la possibilité de consentir, le *common law* d'Angleterre à une époque lointaine a décidé qu'à partir de l'âge de 7 ans l'enfant avait cette capacité (2).

(1) La jurisprudence des tribunaux civils et les officialités en France en faveur de la nullité de mariage dans ces cas a provoqué une polémique par Julien Demey, *La Notion actuelle du Devoir conjugal et le But du Mariage devant les Tribunaux civils et les Officialités*. Paris, Chauny et C. Quinsae, 1931.

(2) Pollock et Maitland, *History of English Law*, t. II, p. 387.

Mais un mariage même après l'âge de 7 ans était encore annulable si les parties ou une d'elles n'étaient pas pubères. La puberté de fait arrive à des époques différentes suivant les individus, mais assez tôt encore dans l'histoire du *common law*, on a établi une présomption *juris et de jure* que les garçons étaient pubères à partir de l'âge de 14 ans et les filles à partir de 12 ans. Le *common law*, pour fixer ces chiffres, s'est inspiré du droit canonique (1), et le droit canonique à son tour les a reçus du droit romain (2). A partir donc de 14 ans pour les garçons et de 12 ans pour les filles, les adolescents étaient pleinement capables, et leur mariage ne pouvait plus être attaqué de ce chef.

Suivant le *common law* donc, le mariage pouvait être plus ou moins valable selon qu'il avait été célébré pendant l'une ou l'autre de ces trois périodes.

Le mariage des parties ayant moins de 7 ans était radicalement nul.

Si les parties avaient plus de 7 ans, mais moins de 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles on disait que le mariage était incomplet (*inchoate*). Les parties, une fois arrivées à la fin de cette période, avaient le droit de désavouer le lien conjugal par le simple refus de cohabitation. Ce refus valait comme annulation du mariage, sans procédure quelconque devant les tribunaux. Si, au contraire, les parties à partir de ces âges

(1) Ce sont les chiffres de l'ancien droit canonique. Aujourd'hui le droit canon fixe la capacité des garçons à 16 ans et des filles à 14 ans. Canon 1067 du *Codex juris canonici* de 1918.

(2) Roquin, *Traité de Droit civil comparé*, Le Mariage. Paris, Pichon, 1904, p. 48 ; Richmond et Hall, *Marriage and the State*, p. 132-133.

continuaient à vivre ensemble, cette cohabitation à elle seule rendait le mariage complet et inattaquable (1). La cohabitation des conjoints pubères valait comme ratification du mariage.

Si les parties célébraient leur mariage après l'âge que le *common law* a fixé pour la puberté, leur union était complète et parfaitement valable.

Le droit américain a adopté ce système curieux du *common law*, et dans 11 Etats sur 48 la puberté légale est encore fixée à l'âge où elle l'était en droit romain, en droit canon et dans le *common law*. Mais dans la plupart des Etats le législateur a fixé l'âge de la puberté légale à un point plus élevé. Cet âge a été fixé pour les garçons à 18 ans dans 21 Etats, à 16 ans dans 9 Etats, à 17 ans dans 3 Etats, à 15 ans dans 2 Etats et enfin à 20 ans dans un Etat (2). On voit donc que le plus généralement ce point, fixé par le *common law* à 14 ans, a été élevé jusqu'à 18 ans et à 16 ans.

Pour les filles, le législateur a fixé la puberté légale à 16 ans dans 16 Etats, à 14 ans dans 11 Etats, à 15 ans dans 7 Etats et à 18 ans dans 2 Etats (3). Ici, on voit que les âges les plus en faveur sont 16 ans et 14 ans.

En dehors de cette modification quant à l'âge de la puberté légale, le système du *common law* reste encore en vigueur aux Etats-Unis, c'est-à-dire pendant la pre-

(1) Blackstone, *Commentaries*, t. I, p. 436 ; Tiffany, p. 23 avec citations à la jurisprudence ; Orescu, dans *Le Mariage quant aux Conditions intrinsèques et aux Formalités extérieures en Droit international privé*, thèse, Paris, 1908, p. 46, dit que dans ce cas les époux sont tenus de procéder à une nouvelle célébration. C'est une erreur.

(2) Vernier, p. 116.

(3) *Ibid.*

mière période — avant 7 ans — le mariage est nul ; pendant la deuxième période — entre 7 ans et la puberté légale — le mariage est incomplet et sera désavoué ou ratifié à la fin de cette période, selon que les époux décident de continuer la vie commune ou l'abandonner ; et enfin pendant la troisième période — après la puberté légale — le mariage est inattaquable de ce chef (1). Cependant, il y a quelques exceptions résultant d'une loi expresse ou de la jurisprudence. La loi de l'Etat de New-Hampshire déclare que le mariage des hommes au-dessous de 20 ans et des femmes au-dessous de 18 ans sera nul et non avenue (2). Selon la jurisprudence de 2 Etats (l'Alabama et la Caroline du Sud) la nullité du mariage dans ces cas ne peut pas résulter de l'abandon de la vie commune au moment de la puberté légale, mais doit s'étayer uniquement sur une décision judiciaire (3). Les auteurs n'accueillent pas favorablement cette jurisprudence exceptionnelle et leur opinion se base sur cette circonstance qu'une procédure d'annulation devant les tribunaux aura l'effet de publier devant le monde l'existence de la liaison malheureuse et ancienne d'un enfant, ce qui peut compromettre son avenir (4).

En résumé, nous voyons que l'Amérique est encore attaché à ce système des trois périodes. Il est très criti-

(1) Tiffany, p. 21.

(2) Vernier, p. 117.

(3) Owen c. Coffey, 201 Ala. 531, 78 So. 885, 1918, dans Jacobs, p. 175, note 7 ; State c. Sellers, 140 S. C. 66, 134 S. E. 873, 1926, avec une note dans 36 Yale L. J. 426, 1927.

(4) Notes 56 Yale L. J. 426, 1927 et 5 No. Car. L. R. 180, 1927. Jacobs, p. 178.

quable, mais nous présenterons les critiques plus loin, dans le chapitre relatif aux sanctions.

★ ★

Un empêchement absolu au mariage est constitué par l'existence d'un lien conjugal par lequel un des époux est encore lié. Suivant le *common law*, l'effet civil de la bigamie (1) était absolu dans tous les cas. Le second mariage était nul, et les enfants nés de cette union étaient illégitimes, quelle que soit la bonne foi des parties. Il y a encore 11 Etats où il n'y a pas de disposition législative concernant l'effet civil de la bigamie (2) et par conséquent dans ces Etats la règle suivie par les tribunaux est celle du *common law*. Dans les autres Etats, il existe une assez grande variété de dispositions pour régler la situation lorsqu'un époux a convolé en secondes noces, de bonne foi, en supposant que son premier conjoint était mort et cela par suite d'une absence prolongée. Dans l'Arkansas et la Louisiane, si un des conjoints est absent pendant une certaine période, l'autre peut se remarier valablement, et ce second mariage reste valable même si l'époux absent reparaît (3). Dans la Pensylvanie et le Tennessee, l'époux présent a le droit, au moment de la réapparition de l'époux absent, de choisir librement entre ses deux époux par une procédure judiciaire appropriée (4). Plus généralement on

(1) Pour l'effet pénal de la bigamie, voir *infra*, chapitre sur les Sanctions, p. 290.

(2) Vernier, p. 216.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

trouve des dispositions stipulant que le second mariage n'est pas nul mais simplement annulable (1). ou encore que la bigamie est une cause de divorce (2).

Ces dispositions résultent des préoccupations relatives à la légitimité des enfants nés du second mariage. Mais le remède est excessif. On aurait pu stipuler que les enfants seront légitimes tout en déclarant le second mariage nul.

Que dire dans ce cas si l'époux présent, après la réapparition de l'absent, ne procède pas à l'annulation ou au divorce ? La théorie professée par les tribunaux dans ce cas est que le premier mariage n'est pas nul, mais reste en suspens et ne sera rétabli que par un jugement qui annulera le second mariage (3). Il en résulte pratiquement que l'époux présent a le choix entre ses deux conjoints. Dans une situation aussi délicate, cette solution paraît la meilleure. L'absent réapparu ne peut guère se plaindre, car il est difficile d'admettre que son absence n'était pas fautive. En refusant d'annuler le second mariage, son conjoint d'autrefois lui dit en effet : « Tant « pis pour toi, tu m'as abandonné pendant des années, je « ne te reconnais plus. » Dans un pays où le divorce est admis souvent pour des causes moins importantes, ce résultat a pour effet de simplifier la situation. Si on rétablissait le premier mariage malgré la préférence de l'époux présent pour son second conjoint, le résultat en serait qu'il intentera bientôt une action de divorce

(1) Il en est ainsi dans 7 Etats suivant Vernier.

(2) Il en est ainsi dans 9 Etats suivant Vernier.

(3) Gall c. Gall, 114 N. Y. 109, 21 N. E. 106, 1889, dans Jacobs, p. 292, note 19.

contre le premier afin de pouvoir épouser régulièrement ensuite le second. Il est plus simple de lui donner le choix directement dès la réapparition de l'absent.

★ ★

L'Amérique ne connaît pas la notion du délai de viduité. Il est vrai que le Code civil de la Louisiane a copié mot pour mot l'ancien article 228 du Code civil français, qui exigeait ce délai, mais cette disposition reste, pour ainsi dire, enterrée parmi les autres notions du droit civil d'origine latine que ce Code renferme, et que les Américains n'arrivent pas à assimiler. Il n'y a pas dans la jurisprudence Louisianienne un seul arrêt qui interprète cette disposition, et le juriste ordinaire, enclin à supposer que tout le droit se trouve dans les « cases » ignore ce principe. Vernier, qui s'est consacré, plus que tout autre auteur, à analyser la législation des Etats, semble avoir mal compris cet article. Il a supposé que la prohibition de contracter un nouveau mariage pendant le délai de 10 mois était une disposition punitive à l'encontre surtout des divorcées — un genre de disposition qui est basée sur la bienséance et qui est assez fréquente dans les autres Etats (1) — et il dit que ce serait douteux qu'on applique cet article à une femme dont le mariage a été terminé par la mort de son conjoint (2). Ce paragraphe de Vernier montre bien la difficulté qu'a le juriste américain à assimiler les principes d'origine française du Code civil de la Louisiane.

Bien que l'Amérique ignore la notion du délai de

(1) Voir *infra*, chapitre sur les Empêchements relatifs, p. 225.

(2) Vernier, p. 296.

viduité, elle semble s'en passer sans inconvénient. Naguère, la délicatesse des mœurs ne permettait pas de courir d'un mariage à un autre ; mais si aujourd'hui cette habitude s'établit parmi un petit nombre d'Américains, ce petit nombre s'en tire parfaitement, sans doute parce qu'ils possèdent certaines notions de la technique anticonceptionnelle.

Quoi qu'il en soit, il n'existe pas, à notre connaissance, dans la jurisprudence américaine un seul cas où il y ait eu une confusion de paternité à cause de la trop rapide succession d'un mariage après un autre.



Nous allons examiner maintenant un certain nombre d'empêchements absolus d'ordre physiologique qui sont souvent groupés sous la rubrique « lois eugéniques ». Le *common law* ne s'est pas occupé de la question de l'amélioration de la race sur une base scientifique. Donc, toutes les préoccupations de cet ordre qui existent aujourd'hui dans le droit américain résulte d'une loi expresse.

Prenons d'abord l'aliénation mentale. La loi s'en occupe pour deux raisons distinctes. En premier lieu, il faut pour consentir intelligiblement que les parties sachent ce qu'elles font au moment de la célébration du mariage. Nous traiterons cet aspect du sujet dans le chapitre sur le consentement des époux. En second lieu, la loi commence à s'occuper de la condition mentale des époux afin d'obtenir une race plus saine et de prévenir l'extension des maladies mentales dans la population.

Le nombre d'aliénés dans la population américaine varie selon la définition qu'on adopte pour le mot « alié-

né ». Si on compte parmi eux les simples faibles d'esprit on a estimé qu'il en existe entre 400.000 et 500.000 (1). D'autre part, les statistiques publiées par la Commission des Hôpitaux de l'Etat de New-York montrent que le nombre d'aliénés va en augmentant. Ce nombre a presque doublé entre 1890 et 1920, toute proportion de l'augmentation de la population gardée (2). Sans doute la cause en est la vie intense et trépidante qu'on mène aujourd'hui. Selon toutes les données dont on dispose à l'heure actuelle, il semble que les faibles d'esprit se reproduisent plus vite que les gens normaux. Ce n'est que parmi les aliénés extrêmes qu'on trouve un taux de reproduction négligeable à cause de leur internement dans les hôpitaux et aussi à cause du fait que leur maladie tend à raccourcir leur vie (3).

Ceci étant, on pourrait supposer que la loi de tous les Etats s'occupera de la question. Mais la loi américaine jusqu'ici en est restée, à ce sujet à quelques faibles mesures.

Parmi les lois générales, qui interdisent certains mariages pour une variété des raisons, on ne trouve interdit le mariage des aliénés comme tel que dans 30 Etats (4). Même dans ces Etats les tribunaux, pour la plupart, interprètent la loi comme s'il s'agissait du défaut

(1) Jacobs, p. 234. Ceci est l'estimation la plus basse que nous trouvons. Paul Popenoe met ce chiffre à 5 % de la population, ce qui revient à plus de dix fois le nombre indiqué par Jacobs. *Journal of Heredity*, t. XXI, p. 421, 1920.

(2) Ces statistiques sont données en détail dans Jacobs, p. 234.

(3) Jacobs, p. 235.

(4) Vernier, p. 189.

de consentement au mariage (1). Tant qu'on ne voit que la question du consentement, il est possible pour les aliénés de se marier pendant un intervalle lucide, et dans le cas où un seul des époux est aliéné, l'action en annulation sera refusée à l'époux qui est sain d'esprit (2). Cette solution résulte de la théorie générale des contrats selon laquelle la partie capable ne peut pas annuler le contrat à cause de l'incapacité de l'autre partie.

Cependant il y a quelques cas où la loi tient compte expressément de la question eugénique, et où les tribunaux se sont prêtés à considérer le problème en dehors de toute question du consentement au mariage. La loi de New-York stipule qu'un mariage peut être annulé si pendant une période de 5 ans ou davantage l'un des époux a été aliéné sans remède possible (3). Dans 6 Etats (Connecticut, Kansas, New-Hampshire, Dakota du Nord, Virginie et Washington) la loi stipule expressément que le mariage des faibles d'esprit est permis si la femme a atteint l'âge de 45 ans (4). Dans 5 Etats (Delaware, Michigan, New-Hampshire, New-Jersey et Virginie) la loi a créé une procédure spéciale devant des psychiatres pour déterminer d'une manière scientifique dans les cas douteux (5) si les époux sont capables du point de vue mental.

(1) Note 25 Yale L. J. 58, 1915. Un grand nombre de « cases » sont colligés dans Jacobs, p. 203-257.

(2) Hoardley c. Hoardley, 224 N. Y. 424, 155 N. E. 728, 51 A. L. R. 844, 1927, Jacobs, p. 213.

(3) *New-York Domestic Relations Law*, art. 7, § 5.

(4) Vernier, p. 190.

(5) *Ibid.*

Dans un petit nombre d'Etats l'aliénation d'esprit est une des causes de divorce.

Il faut noter aussi dès maintenant que le dol constitue un vice du consentement au mariage en droit américain. Il est donc possible d'annuler un mariage quand un des époux a trompé son conjoint en cachant son état d'aliénation d'esprit antérieur. Nous traiterons ce sujet dans le chapitre sur le consentement des époux.

Il existe dans 28 Etats des Etats-Unis une loi permettant la stérilisation des aliénés dans des cas extrêmes. Ces lois ne constituent pas, bien entendu, un empêchement au mariage de l'intéressé. Au contraire, l'opération est faite souvent pour permettre le mariage et éviter en même temps la reproduction. Dans presque tous les cas l'opération est faite avec le consentement de l'intéressé, s'il peut consentir intelligiblement, sinon avec le consentement de sa famille ou de son tuteur. La loi sauvegarde l'individu contre l'arbitraire des dirigeants des asiles d'aliénés en permettant un appel avec possibilité d'audience contradictoire entre psychiatres — ceci à peine d'inconstitutionnalité. La loi est restée lettre morte, ou peu s'en faut, dans plusieurs Etats. Les stérilisations ont été plus fréquentes dans la Californie, le Kansas, le Michigan, l'Orégon et la Virginie, mais en tout, depuis 1907 jusqu'à 1933, il n'y avait eu qu'environ 16.000 opérations (1).

(1) Gosney et Popenoe, *Sterilization for Human Betterment*, New-York, Macmillan, 1929, dont il existe une traduction en allemand et en japonais ; *Human Sterilization*, brochure publiée par The Human Betterment Foundation, Pasadena (Californie), Jacobs, p. 229 et suiv. ; Buck e. Bell, 274 U. S. 200, 1927.



La loi des divers Etats interdit le mariage aux personnes atteintes de certaines maladies. Dans 3 Etats (Delaware, Indiana et Pensylvanie) une loi interdit d'une façon générale le mariage à toute personne atteinte d'une maladie contagieuse quelconque. Dans 17 Etats la prohibition vise spécialement l'épilepsie, mais dans 7 de ces Etats le mariage des épileptiques est permis si dans l'espèce la femme a plus de 45 ans, et dans 2 autres de ces Etats (Nébraska et New-Hampshire) les épileptiques peuvent se marier si préalablement au mariage ils ont subi l'opération de la stérilisation. Dans 19 Etats, le mariage est interdit aux personnes atteintes de maladies vénériennes. Les expressions employées dans les textes ne sont pas uniformes. Le mariage est parfois interdit d'une façon générale aux personnes atteintes d'une maladie vénérienne, parfois seulement à celles ayant une de ces maladies à l'état contagieux, et parfois aussi la loi vise spécialement la blennorrhagie et la syphilis. Dans 3 Etats seulement (Caroline du Nord, Dakota du Nord et Washington) la loi interdit expressément le mariage aux personnes atteintes de la tuberculose avancée ou infectieuse (1).



Pour assurer le respect de ces prohibitions, la loi de 10 Etats (Alabama, Louisiane, Maine, Caroline du Nord, Dakota du Nord, Orégon, Texas, Virginie, Wisconsin et Wyoming) stipule que les époux doivent présenter,

(1) Vernier, p. 199.

préalablement au mariage, un certificat médical. En général, ces certificats ne visent que les maladies vénériennes. Dans deux Etats (Wyoming et Texas) l'homme seul et non la femme est tenu de le présenter (1). On a essayé de démontrer que cette inégalité de traitement des hommes et des femmes était en désaccord avec le passage du quatorzième amendement à la Constitution fédérale, qui stipule qu'aucun Etat ne pourra refuser à quiconque sous sa juridiction l'égale protection des lois. Mais le tribunal a rejeté cette prétention en observant que c'est un fait connu que la plupart des femmes arrivent pures au mariage, tandis qu'un pourcentage considérable d'hommes ont eu, avant le mariage, des rapports sexuels illicites, et ce fait constitue une base sur laquelle peut s'étayer un traitement différent devant la loi (2).

L'application de la loi qui exige le certificat pré-nuptial se heurte à quelques difficultés. Du temps que cette loi n'était qu'un projet devant les assemblées législatives, on n'avait pas consulté le corps médical. L'enthousiasme qui l'a fait naître avait un caractère plutôt sociologique. Il en résulte que les médecins, étant quelque peu froissés dans leur amour-propre, n'ont pas toujours coopéré de bonne volonté à l'application de cette loi. Certains d'entre eux ont refusé d'examiner les candidats au mariage à cause de l'insuffisance des hono-

(1) Vernier, p. 199.

(2) Peterson c. Widule, 157 Wis. 641, 147 N. W. 966, 52 L. R. A. N. S. 778, 1914, dans Jacobs, p. 190.

L'Etat de Wisconsin, dont la loi n'était applicable qu'aux hommes au moment de cette décision, a amendé la loi plus tard, la faisant applicable aux femmes comme aux hommes.

raires légaux. Les honoraires établis par la loi (2 ou 3 dollars, ce qui équivaut à 30 ou 45 francs) déjà insuffisants pour le cas ordinaire, deviennent dérisoires s'il faut avoir recours aux épreuves de laboratoire. D'autres, parfois, ont délivré des certificats basés sur un examen trop superficiel, voire sans examen du tout. Quoi qu'il en soit, la plupart des médecins reconnaissent aujourd'hui la valeur de cette loi, et font de leur mieux pour faire respecter son esprit essentiel.

Une autre difficulté est née de l'application de la loi aux femmes. Certes, toutes les femmes n'ont pas fait d'objections. L'examen n'effraie pas la femme instruite, ou la femme émancipée en raison de son âge ou de son expérience de la vie. Mais il en est autrement de la jeune fille pure et pudique. Au lieu de subir un examen qu'elle croit sans objet, elle essaye d'y échapper en allant se marier dans un autre Etat où une telle loi n'est pas en vigueur. Nous verrons dans la partie sur le Conflit des Lois qu'une telle manière d'agir est possible et légale.

Pour remédier à ces diverses difficultés il faut que les Etats, qui voteront dans l'avenir une telle loi, profitent de l'expérience déjà acquise. Il faut en premier lieu que le corps médical se prête à résoudre les difficultés techniques. Elles sont nombreuses. Il vaudrait mieux que les honoraires soient à la charge de l'Etat et non à celle des candidats au mariage. Il faut que ces honoraires ne consistent pas en une somme forfaitaire, mais soient en rapport direct avec le service médical fourni. Pour aider le médecin dans sa tâche on ferait bien de lui offrir gracieusement les services des laboratoires de l'Etat.

Afin de ménager la pudeur des jeunes filles il faudrait prévoir une disposition permettant au médecin de certifier l'absence des maladies vénériennes en se basant sur un examen fait par une infirmière. Une telle solution éviterait, dans beaucoup de cas, la situation délicate qui effraie des tempéraments sensibles. Il faudrait toutefois que le médecin estime qu'un tel examen ne présente aucun risque d'erreur.

Pour arriver à une bonne application de la loi il faut que l'assemblée législative de l'Etat reste en rapports constants avec l'Association des Médecins de l'Etat, et il faut qu'elle mérite la bonne volonté des médecins en se montrant prête à adopter leurs suggestions lorsque celles-ci sont bien fondées. C'est un problème à la fois délicat et pratique, mais toutefois soluble.

Enfin, même avec une loi le mieux rédigée et une administration la meilleure possible, il ne faut pas supposer qu'on puisse empêcher le mariage de tous les malades des infections vénériennes. Il y aura toujours du menu fretin qui passera à travers les mailles du filet. L'admettre n'est pas dire que cette loi est inutile ou nuisible. Devant un fléau force est de faire ce qu'on peut.

Les résultats déjà obtenus sont appréciables. La discussion de la loi dans la presse quotidienne a eu un grand effet éducateur dans tous les Etats. Dans un Etat où la loi est en vigueur, les personnes se sachant malades et voulant se marier ont le plus souvent pris le soin de se guérir avant de se présenter pour obtenir le certificat. D'autre part, l'examen médical a souvent découvert l'existence d'une maladie chez des personnes qui se croyaient saines et les a amenées à remettre leur mariage jusqu'à leur guérison.

Ces résultats justifient amplement les efforts qui ont été faits.

En France l'accueil fait au certificat médical n'a pas été toujours favorable. Le projet de loi Pinard, qui avait pour but de l'établir, n'a jamais été voté. Une attaque la plus récente contre le mouvement eugénique a été publié par le D^r Lowenthal (1).

Il faut avouer que la loi a ses limites. Dans un cas aussi délicat que celui-ci il faut, si l'on veut réussir, préparer l'opinion publique à accueillir favorablement une telle restriction à la liberté individuelle. Il faut aussi s'assurer la coopération du corps médical. Sinon toute tentative est vouée à la défaite. Il ne faut pas supposer non plus que cette loi constitue une panacée. Elle peut réduire le nombre de contaminations, elle ne peut pas les éviter toutes (2).

(1) Dans le *Mercury de France* du 1^{er} avril 1934, p. 5.

(2) Pour des études plus complètes sur le certificat prénuptial, voir: Hall, *Medical Certification for Marriage*, 1925. Une étude sur l'application de la loi de Wisconsin ; Biardeau (Laure), *Le Certificat Prénuptial*, Paris, Sirey, 1931 ; Chamberlin (J.-P.), *Eugenics and Limitations of Marriage*, 9 Amer. Bar Assn. Jour. 429, 1923.

Bibliographie

- BRANDENBURG (Georges). — *Du certificat d'aptitude au mariage, de son utilité, sous quelle forme il existe à l'étranger, comment le concevoir en France*, Thèse de Médecine, N° 497, Paris, 1926 ; Paris, Jouve et C^{ie}, 15, rue Racine, 1927.
- FAY (Ed. Allen). — *Marriages of the Deaf in America, an inquiry concerning results*, Washington, D. C., 1898.
- GOSNEY et POPENOE. — *Sterlization for Human Betterment*, 1929.
- HALL (Fred S.). — *Medical Certification for Marriage*, New-York, Russell Sage Foundation, 1925.
- MARSHALL. — *School Girl Brides of Cleveland*, Cleveland, Ohio, Women's Protective Association, 1926.
- MIQUEL (Henry). — *L'impuissance et le Mariage*.
- NISOT (Pierre). — *Etude historique sur l'âge en matière de capacité nuptiale*, Paris, G. Godde, 1926.
- PARRAN (Thomas). — *Venereal Disease Prevalence in 14 Communities (Brochure)*, New-York, American Social Hygiene Association, 450 7^e Ave.
- RENTON (A. Wood). — *English Law of Lunacy*, Ch. 4 Marriage, 9 Green Bag 527, 1897.

- RICHMOND (Mary E.) et HALL (Fred S.). — *Child Marriages*, Russell Sage Foundation, New-York. 1925.
- ROQUIN. — *Traité de Droit civil comparé : Le mariage*, Paris, Pichon, 1904.
- SAND (René). — *L'examen médical en vue du mariage*, Paris, Flammarion, 1927.
- SCHREIBER (Dr G.). — *L'examen médical pré-nuptial dans les différents pays*, Conférence, Musée Social, 7 mai 1926.
- SINGER et KROHN. — *Insanity and the Law*, 1924.
- WEIGHTMAN (Hugh). — *Marriage and its Prohibitions*, 17 Amer. L. R. 166, 1883.
- WHITE (Dr W. H.). — *Outlines of Psychiatry*.
— *Essential Provisions of Sterilization Laws*, (Brochure) Human Betterment Foundation, Pasadena, Californie.
— *Human Sterilization*, (Brochure) Human Betterment Foundation, Pasadena, Californie.

PERIODIQUES

- CHAMBERLAIN. — *Eugenics and Limitation of Marriage*, 9 Amer. Bar Assn. Jour. 429, 1923.
- DUNHAM. — *Child Marriages in Pennsylvania*, 7 The Family 280, 1927.
- HUBERICH. — *Venereal Diseases in the Law of Marriage and Divorce*, 37 Amer. Law Review 226, 1903.
- LANDMAN. — *History of Human Sterilization in the United States*, 23 Ill. L. R. 463, 1929.
- PARREL (G. DE). — *Le mariage des sourds*, Revue Mensuelle de l'Union Médicale Latine, avril 1933.

- PIE (Paul). — *Mariage et Divorce en Droit international et en Législation comparée*, Paris 1886.
- SHARTEL. — *Sterilization of Mental Defectives*, 24 Mich. L. R. 1, 1925.
- SPENCER. — *Some Phases of Marriage Law and Legislation from a Sanitory and Eugenic Standpoint*, 25 Yale L. R. 58, 1915.
- STRODE. — *Sterilization for Defectives*, 11 Va. L. R. 296, 1925.
- SWINDLEHURST (Albert). — *Some Phases of the Law of Marriage*, 30 H. L. R. 124, 1916.
- WAITE. — *Child Marriages*, 6 The Family 216, 1925.
- *Infant Marriage*, 36 Yale L. J. 426, janv. 1927.
- *Validity of Marriage, Age*, 30 H. L. R., 124-133.
- *Validity of Marriage, Consent.*, 30 H. L. R. 134-140.
- Note. — *Avoidance of Marriage below Age of Consent by Act of Party*, 40 H. L. R. 654, 1927.
- Note. — *Feeble-mindedness To-day*, Journal of Heredity, Washington D. C., vol. XXI, N° 10, oct. 1930.
- Note. — *Marriage Annulment, Impotency* 16 Col. L. R. 525, 1916.
- Note. — *Marriage of Insane Persons subject to Attack by Third Parties*, 36 Yale L. J. 577, 1927.
- Note. — *Marriage Validity. Disappearance of First Husband*, 6 Mich. L. R. 513, 1908.
- Note. — *Validity of Infant Marriages when not Annulled by Court*, 36 Yale L. J. 426, 1927.
- Notes sur la stérilisation, 12 Va. L. R. 419, 1926 ; 17 Col. L. R. 270, 1929 ; 76 U. of Pa. L. R. 95, 1927 ; 27 Col. L. R. 873, 1927 ; 39 H. L. R. 770, 1926.

CHAPITRE II

Empêchements relatifs

Entre parents en droit canon et en droit anglais, p. 215 ; — *Entre parents en droit américain*, p. 216 ; — *Entre alliés*, p. 217 ; — *Critique du droit américain en ce qui concerne l'alliance*, p. 219 ; — *Entre personnes de race différente*, p. 222 ; — *Empêchements concernant les divorcés*, p. 225.

Les plus importants des empêchements relatifs concernent les prohibitions du mariage entre parents et entre alliés. Nous les traiterons dans cet ordre.

L'interdiction de se marier avec ses parents semble avoir existé en tout temps et en tout lieu. Il y a là des préoccupations à la fois physiologiques et de bienséance.

Au temps où cette matière était de la compétence des tribunaux ecclésiastiques en Angleterre, les prohibitions de mariage entre parents furent étendues très loin, et le droit canonique assimilait à cet égard les alliés aux parents par le sang. Mais une loi (32 Henry VIII c. 38), votée après la séparation de l'Angleterre de l'Eglise de Rome, a diminué considérablement ces prohibitions. Elle a interdit le mariage seulement entre ceux qui étaient parents ou alliés à un degré plus proche que des cousins germains. Autrement dit, les cousins germains

pouvaient se marier valablement entre eux comme ceux des degrés plus éloignés, l'alliance étant encore assimilée à la parenté.



L'Amérique n'a pas accepté intégralement cette législation. Dans tous les Etats des lois sont venues la modifier (1).

Considérons d'abord la parenté. La législation américaine montre jusqu'à un certain point une uniformité complète. On peut dire que, dans tous les Etats, ceux qui sont parents au troisième degré de la computation civile, ou aux degrés plus proches, ne peuvent se marier.

Ainsi le mariage est prohibé entre parents de la ligne directe, entre frère et sœur et entre oncle (ou tante) et nièce (ou neveu). Jusqu'ici donc la législation américaine arrive à prohiber tous les mariages qui étaient prohibés par la législation anglaise.

Mais à ce point l'uniformité cesse et plusieurs Etats sont allés plus loin. Dans 29 Etats la loi interdit le mariage entre cousins germains, dans 6 Etats cette interdiction s'étend au mariage entre une personne et l'enfant de son cousin germain, et dans un seul Etat (Oklahoma) les enfants issus de cousins germains ne peuvent pas se marier entre eux (2). Dans 9 Etats il est interdit à l'oncle (ou à la tante) d'épouser sa petite-nièce (ou son petit-neveu)

(1) Voir à ce sujet Peck, p. 138 et suiv. ; Vernier, p. 173 et suiv. ; May, p. 10.

(2) Jacobs, p. 251.

En somme, on peut dire que partout en Amérique le législateur a prohibé le mariage jusqu'au troisième degré inclus, comme il est prohibé par les articles 161 à 163 du Code civil français, mais que, dans un peu plus de la moitié des Etats américains, la prohibition a été étendue un degré plus loin, sinon plus.

★ ★

Quant à la prohibition du mariage à cause de l'alliance, l'Amérique s'est séparée nettement du droit de l'Angleterre et du droit canonique.

Une telle prohibition dans le droit canonique résultait de l'effet du sacrement qui créait un lien spirituel entre une personne et tous les parents de son époux. On sait que le Code civil (art. 162) réduit ces prohibitions de droit canonique du chef à l'alliance à deux seulement : dans la ligne directe, le mariage entre alliés est absolument impossible, et dans la ligne collatérale le mariage entre beau-frère et belle-sœur, possible si le mariage créateur de l'alliance est dissous par la mort, est impossible en principe si ce mariage est dissous par le divorce, mais toutefois devient possible si le Président de la République accorde une dispense pour des causes graves (art. 164 du Code civil).

Le droit américain dans cette matière est loin d'être uniforme. Dans la moitié des Etats l'alliance ne constitue pas du tout un empêchement au mariage, bien que dans ces Etats des rapports sexuels entre les alliés, dans certains cas, tombent sous le coup de la loi pénale (1). Dans ces Etats, il n'y a pas de loi civile sur le sujet,

(1) Vernier, p. 183.

mais les tribunaux, contrairement à ce qu'ils font d'habitude dans de telles conditions, ont refusé de suivre les prohibitions du droit canonique qui ont été incorporées dans le *common law*.

C'est une doctrine de la jurisprudence américaine souvent professée que le lien d'alliance prend fin en même temps que le mariage qui l'a créé (1), ce qui revient à dire qu'il ne peut jamais jouer un rôle comme empêchement au mariage.

Cependant, dans l'autre moitié des Etats, il existe des lois expresses sur l'alliance ; mais elles ne vont pas si loin que le Code civil. Il n'existe nulle part une prohibition de mariage entre alliés dans la ligne collatérale. Dans neuf Etats seulement la prohibition vise toute la ligne directe. Dans les autres, on trouve des prohibitions de cas particuliers comme, par exemple, la prohibition du mariage d'un homme avec sa belle-mère (la femme de son père) ou d'une femme avec son beau-père (le mari de sa mère) (2), ou encore la prohibition du mariage d'un père avec sa bru ou d'une mère avec son gendre (3). Dans quelques Etats, ces prohibitions sont portées un degré plus loin, et ainsi le mariage d'un individu avec le petit-fils ou la petite-fille de son époux (4) ou encore le mariage d'un individu avec le veuf ou la veuve de ses petits-enfants (5) sont prohibés.

Nulle part en Amérique on ne fait la distinction de l'article 162 du Code civil français entre le cas où le

(1) 38 C. J. 1293.

(2) C'est le cas dans 23 Etats selon Vernier.

(3) C'est le cas dans 20 Etats selon Vernier.

(4) C'est le cas dans 18 Etats selon Vernier.

(5) C'est le cas dans 12 Etats selon Vernier.

mariage créateur de l'alliance serait dissous par la mort et le cas où il serait dissous par le divorce.

★
★★

Pour juger la législation américaine, il faut se rappeler que les raisons d'ordre physiologique qui sont à la base des prohibitions des mariages entre parents, n'ont rien à voir ici. Tout dépend de la bienséance.

Il faut noter aussi que le droit américain, en refusant de suivre le droit canonique, ne gêne pas du tout la population catholique, qui forme un sixième du total. Les catholiques sont libres de suivre la doctrine de l'Eglise, qui est beaucoup plus stricte en cette matière que la législation civile. Mais seulement, pour eux, la sanction est exclusivement d'ordre spirituel.

Mais à côté des raisons physiologiques, n'existe-t-il pas, au moins dans certains cas, des raisons de convenance ? En ce qui concerne la ligne directe, on se trouve devant des personnes qui sont appelées souvent à vivre dans le même foyer. L'individu qui épouse un veuf ou une veuve, reçoit d'habitude chez lui les enfants d'un premier lit, et il est naturel qu'il prenne la place intime du parent décédé vis-à-vis de ces enfants. Le foyer du jeune couple abrite souvent les père et mère de l'un ou de l'autre des époux, quand ce n'est pas le contraire où les parents reçoivent chez eux le jeune ménage. Si on admet l'éventualité d'un mariage entre ces alliés vivant sous un même toit, les jalousies qui peuvent naître entre fils et père ou entre fille et mère risquent de miner la paix du foyer ou de couper court à l'intimité et à l'affection que les beaux-parents doivent témoigner

pour les enfants du premier lit. A notre avis, ce risque est plus grand en France qu'en Amérique. Outre-Atlantique, la jalousie est moins intense par suite d'abord des tempéraments plus froids (1), et ensuite de l'affaiblissement de la notion que la femme est la propriété, le bien de son mari. Cependant, ce risque n'est pas inexistant, et la moitié des Etats qui ne met pas encore obstacle à ces mariages, ferait bien, à notre avis, d'envisager à nouveau la question.

Ces prohibitions peuvent jouer un rôle en augmentant la solidarité des personnes unies par un lien d'alliance, en permettant la vie commune sans les risques dont nous venons de parler.

Dans l'autre moitié des Etats, on trouve une manière peu scientifique de traiter la question. On procède par cas particuliers. Ce n'est pas là une objection à la terminologie longue et compliquée de ces lois, ce qui laisse, soit dit en passant, beaucoup à désirer ; la vraie objection est dans les lacunes multiples inhérentes à ce procédé. Admettant même que l'uniformité dans tous les Etats ne soit pas à désirer, il y a dans un même Etat des exemples d'illogisme frappant. Ainsi dans le Connecticut et dans le Sud-Dakota, le mariage d'une personne avec sa belle-mère ou son beau-père (le veuf ou la veuve de ses parents) est prohibé, mais le mariage d'une personne avec le veuf ou la veuve de ses enfants ne l'est pas. D'autres Etats qui ont fermé la porte à ces mariages-là, ont oublié par contre d'aller un pas plus loin, et de prohiber les mariages dans la ligne ascendante

(1) Le « crime passionnel », qui est assez fréquent en France, est à peu près inconnu en Amérique.

d'une personne avec le veuf ou la veuve de ses grands-parents et, dans la ligne descendante d'une personne avec le veuf ou la veuve de ses petits-enfants. Ainsi on pouvait continuer.

En ce qui concerne la ligne collatérale, le seul cas qui présente de l'intérêt est celui de beau-frère et belle-sœur. Les prohibitions visant des degrés plus éloignés dans la ligne collatérale, n'existent ni dans le droit français ni dans le droit américain — ni même dans le droit d'Angleterre depuis 1920. En dehors des considérations religieuses, on ne voit guère de raisons qu'on pourrait présenter en leur faveur.

Mais dans le cas du mariage du beau-frère avec sa belle-sœur, devons-nous conclure que la législation américaine ici encore révèle une lacune évidente ? Pas nécessairement. Ces prohibitions peuvent être très bien à leur place en France, sans pour cela que l'Amérique doive les créer. En France, il semble que ce qui est responsable de ces prohibitions, est le péril des relations coupables, des adultères, ou tout au moins la préparation couverte d'un mariage éventuel entre les intéressés pour le jour où l'un d'eux pourra s'affranchir du lien conjugal qui a créé l'alliance. Ce péril est à redouter parce que beau-frère et belle-sœur habitent assez souvent la même maison ou en tous cas presque toujours la même localité, et l'intimité naturelle entre alliés présente des tentations auxquelles les tempéraments chauds des Latins résistent difficilement. Mais les mêmes conditions ne se trouvent pas en Amérique. D'abord, la population américaine est plus mobile. Comme nous l'avons vu plus haut, la famille a tendance à se disperser, et si deux frères restent encore dans la même localité après le

mariage de l'un d'eux, il serait bien rare que le célibataire fasse partie du foyer de son frère marié. En général, le tempérament est moins chaud et, pour cela, le danger des relations coupables est moins grand. Ceci ne veut pas dire que le péril n'existe pas en Amérique, mais seulement, pour les raisons données, il est moins grand qu'il ne l'est en France.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas probable que l'Amérique établisse des prohibitions dans la ligne collatérale. Comme nous l'avons vu, les prohibitions existantes ne visent pas en général toute la ligne directe. Des extensions, s'il y en a, resteront probablement dans cette ligne.



Un empêchement relatif au mariage tout à fait particulier aux Etats-Unis est celui qui interdit le mariage entre personnes de race différente, ce que les Américains appellent « *miscegenation* ».

Suivant la *common law*, une différence de race ne mettait pas obstacle au mariage. Donc, aux Etats-Unis cet obstacle résulte toujours d'une loi expresse. Nous trouvons une loi interdisant le mariage des blancs avec des noirs dans 30 Etats et une loi interdisant le mariage des blancs avec des jaunes dans 14 Etats (1). Il y a six Etats où le mariage est interdit entre blanc et peau-rouge (2) et deux Etats où il est interdit même entre peau-rouge et noir (1).

(1) Vernier, p. 204.

(2) Ils sont Arizona, Californie, Georgie, Nevada, Caroline du Nord et Caroline du Sud. Drummond (Isabel), *Getting a Divorce*, New-York, Knapf, 1931.

La définition du noir dans ces lois est toujours assez large pour inclure les personnes ayant un quart de sang noir et plusieurs Etats l'étendent pour inclure celles avec seulement un seizième de sang noir. Ces fractions amènent quelquefois à des résultats bizarres, surtout quand il s'agit de deux métis, dont l'un est un peu en dehors de la ligne de séparation et l'autre un peu en dedans. Ainsi nous voyons dans le cas de *Bailey c. Fiske* (1) le tribunal déclarer nul un mariage dont le mari ayant la moitié de sang noir était classé comme noir, et dont la femme n'ayant qu'une seizième partie de sang peau-rouge était classée comme blanche, parce que dans cet Etat la ligne de séparation était au huitième.

Quant à la distribution géographique de cette législation, on la trouve le plus souvent dans les Etats où une proportion considérable de la population est d'une autre race que la blanche. C'est ainsi qu'il est interdit de se marier entre blanc et noir dans tous les Etats du Sud et les Etats voisins (2). La prohibition du mariage entre blancs et jaunes se trouve dans l'Ouest surtout, où seule cette dernière race n'est pas encore assimilée à la race blanche.

Une variété de motifs a été assignée pour l'existence de la législation contre la « *miscegenation* », On a pré-

(1) 34 Me. 77, 1852, *McCurdy*, p. 259.

(2) Dans deux de ces Etats (Mississippi et Caroline du Sud, plus de la moitié de la population est noire, dans trois autres (Alabama, Georgie et Louisiane) les noirs constituent entre 37 1/2 et 50 % de la population. Par contre, dans tous les 18 Etats où cette prohibition n'existe pas, il y a moins de 5 % de la population noire, et dans 7 d'entre eux les noirs constituent moins de 1 % de la population. Note 36 *Yale L. J.* 858 (1927).

tendu que du croisement des races résulte une race inférieure, que la race blanche est supérieure et qu'il ne faut pas qu'elle s'abâtardise par le croisement. Mais ce sont là des affirmations gratuites, car les anthropologues refusent en général de venir à leur appui (1). Il nous semble donc impossible de donner un motif d'ordre anthropologique à ces prohibitions.

Les Méridionaux américains prétendent que les métis sont toujours inférieurs à l'un et à l'autre de leurs auteurs, mais si par aventure un métis se distingue, ils cherchent à expliquer cette supériorité non moins souvent par la présence de sang blanc dans ses veines. Ainsi, ces deux prétentions se réduisent mutuellement à néant.

S'il est impossible de justifier cette législation par des considérations tirées de la supériorité de la race blanche ou de l'effet nocif du croisement des sangs, il est facile cependant de comprendre les raisons de son existence. Ces raisons sont d'ordre social. Il ne s'est pas encore écoulé assez de temps depuis le jour où le nègre était esclave. Les esclaves libérés vivent encore, et les pères de la présente génération de blancs en possédaient. Quant à la race jaune, il y a tellement de différences entre la civilisation orientale et la civilisation occidentale qu'un mélange de ces races disloque tout l'ordre social d'une famille et produit souvent des épaves qui, n'appartenant ni à l'une ni à l'autre race, trouvent difficilement un milieu social agréable et accueillant.

(1) Voir Reuter, *The American Race Problem* (1927) et Havelock Ellis, *Man and Woman* (1904).

Aussi les critiques adressées à la législation qui interdit le mariage entre blancs et nègres sont très rarement étayées par une connaissance intime et exacte de la question. On peut le dire non seulement des quelques critiques d'origine française, mais aussi de celles d'origine anglaise et même de celles d'origine américaine dans les cas où les auteurs sont des Etats du Nord, sans avoir eu des contacts prolongés avec le Midi. Les auteurs qui se prononcent le plus en faveur du mariage entre les races ignorent souvent ce qu'est un nègre du fond du Mississippi dans son vrai cadre, ses habitudes primitives, sa paresse, son ignorance (1).



En plus des empêchements déjà notés, il existe dans certains Etats des lois qui interdisent le mariage aux divorcés dans certaines circonstances. Dans la Louisiane, l'époux coupable d'adultère ne peut jamais se marier avec sa ou son complice (2). Cette prohibition a été copiée de l'ancien article 298 du Code civil français. Une prohibition analogue, mais limitée dans le temps à la vie de l'autre époux, existe dans six autres Etats (3).

(1) Dans tous les Etats-Unis, en 1930, il y avait plus de 9 fois de nègres illettrés que de blancs. (*Statistical Abstract of United States, Government Printing Office, 1932, p. 31*). Dans les Etats du Sud où se pose le problème devant nous, cette proportion est sans doute beaucoup plus grande.

(2) *Ducasse c. Ducasse*, 120 La. 731. 45 So. 565 ; *Gabisso's Successors*, 119 La. 704, 44 So. 438, 11 L. R. A. N. S., 1082, cités dans 19 C. J. 182. Un tel mariage est absolument nul et sans effet.

(3) Dans la Pensylvanie : *Kennedy c. Orem*, 15 Pa. Dist. 329 (loi de 1815), cité dans 19 C. J. 183.

Pour les autres cas, il y a deux catégories de lois. La première interdit le mariage du divorcé coupable dans tous les cas, mais pendant un temps assez court, le plus souvent six mois ou un an. C'est une punition à l'encontre de l'époux coupable (1).

L'autre catégorie de lois interdit le mariage pendant un court délai aux deux divorcés sans égard à la culpabilité. Cette prohibition est basée simplement sur la bienséance. Il y a quelque chose d'indélicat et de choquant à voir les personnes courir d'un mariage à un autre. Ces lois sont de date plus récente que les autres (2). De ces lois, les unes stipulent que le juge en prononçant le divorce, interdirait aux parties de se remarier dans les limites du délai ; les autres stipulent que le juge ne prononcerait immédiatement qu'une simple décision interlocutoire et qu'après le délai, il prononcerait le divorce définitif. Cette dernière forme de loi est à préférer, car les parties, étant encore engagées dans

Dans le Mississipi : *Homingway's Code Miss.*, 1917, sect. 1412.

Dans le New-York : *Laws N. Y.*, 1909, c. 19, sect. 8.

Dans le Sud-Dakota : *Civ. Code S. D.*, 1913, p. 11, sect. 83.

Dans le Tennessee : *Code Tenn.*, 1918, sect. 4228.

Dans la Virginie : *Code Va.*, 1904, sect. 2265, cités dans *Tiffany*, p. 35.

(1) Exemple Massachusetts : *Mass. Gen. Laws*, 1921, C. 208, sect. 24, cité dans 42 *H. L. R.*, 701.

(2) Voir note dans 41 *H. L. R.* 397 qui cite des « cases » des Etats d'Illinois, Oklahoma et Wisconsin. Une telle loi existe en Oregon : *Oregon Laws (Olson)*, 1920, sect. 515.

Voir aussi une note dans *Clunet*, 1913, p. 986 sur *Wilson c. Cook*, 45 *Chicago Legal News* 195 (1913), « case » qui décide que la loi d'Illinois a été inspirée par des motifs d'ordre public, et par conséquent, un divorcé ne peut pas se marier valablement dans un autre Etat pendant le délai.

un lien conjugal qui n'est pas définitivement dissous, ne peuvent pas se remarier, même dans un autre Etat. Sous le régime de la première loi, ils commettent parfois une fraude sur la loi en passant dans un autre Etat pour se remarier.

Bibliographie

- ARNER. — *Consanguinous Marriages in the American Population*, New-York, Longmans Green and C°, 1908.
- FLEURY (Jean). — *Recherches historiques sur les empêchements de parenté dans le mariage canonique des origines aux fausses décrétales*, Thèse, Paris, 1933.
- HOFFMANN. — *The Problem of Negro-White Intermixture and Intermarriage*, Eugenics in Race and State, Baltimore, Md., 1923.
- MIELZINER. — *The Jewish Law of Marriage and Divorce*, 2^e Edition, New-York, Bloch Publishing C°, 1901.
- REUTER (E. B.). — *The American Race Problem*, New-York, Thomas Y. Crowell Company, 1927.
- GRUYTHER. — *Mixed Marriages*, 11 Jour. Comp. Leg., 3^e Series, 34, 1929.
- Note. — *The Extra-Territorial Effect of the Divorce a Mensa et Thoro and of Statutory Prohibitions on Remarriage*, 33 Yale L. J. 426, 1924.
- Note. — *Intermarriage with Negroes — a survey of State Statutes*, 36 Yale L. J. 858, 1927.
- Note. — *Law governing Validity of Marriage between First Cousins*, 12 Minn. L. R. 70, 1927.
- Note. — *Right to Remarry after divorce*, 24 Col. L. R. 540.

CHAPITRE III

Consentement des Epoux

Consentement éclairé, p. 229 ; — *Consentement mutuel*, p. 230 ; — *Caractère subjectif ou objectif du consentement*, p. 231 ; — *Vices du consentement, violence* - « *duress* », p. 232 ; — *Erreur*, p. 235 ; — *Dol*, p. 235 ; — *Critique du droit américain concernant le dol*, p. 238.

Une des conditions essentielles de la validité du mariage est le consentement des époux. Cette condition a existé avec des modalités variées depuis que le mariage est sorti de ses formes primitives — le mariage par capture ou le mariage par achat. Le droit anglais et américain l'a reçue du droit romain par l'intermédiaire du droit canon (1).

Le consentement nécessaire en droit américain est un consentement éclairé.

Il faut que l'époux comprenne ce qu'est le mariage d'une façon générale, et au moment de la cérémonie il faut qu'il sache qu'il est en train de se marier et que, par là, il accepte les obligations et les responsabilités de cet état. S'il est dans un état mental qui lui enlève

(1) Esmein, p. 101.

cette capacité, il n'y a pas de mariage (1). L'ivresse, l'aliénation d'esprit ou la simple faiblesse d'esprit, si elle est accentuée au point que le faible d'esprit ne comprend pas ce qu'il fait, sont des cas dans lesquels le consentement nécessaire fait défaut. Par contre si l'aliéné donne son consentement pendant un intervalle lucide on ne peut pas faire valoir contre ce mariage un défaut de consentement. Certes, et nous l'avons vu, certains Etats interdisent le mariage aux fous, mais c'est pour des raisons d'ordre eugénique, ce qui est tout différent. Pour qu'un consentement soit valable, il faut et il suffit que celui de qui il émane l'ait donné en toute connaissance de cause. On ne peut pas donner une formule plus exacte. Ici nous sommes dans le domaine psychologique et la démarcation entre le consentement d'un homme lucide et celui d'un fou laissera toujours subsister des situations pour lesquelles il sera difficile de dire si le consentement est valable ou non.



Le consentement des époux doit être mutuel. Si l'un des époux s'engage sans que l'autre s'engage de même il n'y a pas mariage. Quelque invraisemblable que cela

(1) On trouve néanmoins quelques affirmations d'une opinion contraire chez les auteurs anciens. Ainsi dans l'Abrégement de Rolle, n° 357, on trouve : « An ideot à nativitate poet consentir en mariage, et ses issues seront légitimates ». Cette phrase curieuse, où sont mêlés le français, le latin et l'anglais, exprime une opinion erronée selon les auteurs modernes. Voir Renton (Wood), *Chapters in the English Law of Lunacy*, IV Marriage, 9 Green Bag, 527, 1897, et Turner c. Meyers, 1808, 1 Hagg, Consis. Rep. 414.

puisse paraître, la pratique en donne des exemples (1). Dans ce cas le juriste américain dispose d'une doctrine commode. Un tel mariage ne s'est jamais formé parce qu'il n'y avait pas de *consideration* (2).

*
* *

Le problème se pose quelquefois de savoir si on doit avoir une conception objective ou subjective du consentement. D'une façon générale, les tribunaux se contentent de rechercher objectivement si le consentement a une apparence de validité. Si les époux ont exprimé un consentement en apparence libre, c'est tout ce qu'il faut pour valider le mariage. Il ne serait pas permis, par exemple, à un époux d'alléguer que tout en consentant en apparence il a fait tacitement des réserves mentales (3). Mais dans le cas où les deux parties ont fait des réserves mentales qu'ils connaissent mutuellement, il n'y a pas de consentement en droit. Les tribunaux américains ont eu à résoudre cette question plusieurs fois. Le peuple américain révèle ici son caractère enfantin. Le cas se présente parfois d'un groupe de jeunes gens des deux sexes en partie de plaisir qui, par manière de plaisanterie, font célébrer un mariage entre deux d'entre eux. Le lendemain, rendus à leur bon sens, les nouveaux conjoints se demandent s'ils sont vraiment mariés, sur quoi ils sont souvent d'avis contraire, ainsi d'ail-

(1) Dans *Baird c. People*, 66 Ill. App. 671, la femme croyait qu'elle se fiançait seulement tandis que l'homme pensait qu'il se mariait. 38 C. J. 1928.

(2) Voir *supra*, deuxième partie, chapitre II, Les Fiançailles. Institution juridique pour l'explication de ce terme, p. 132.

(3) 58 C. J., p. 1300, note 94.

leurs que les témoins. Les tribunaux n'hésitent pas à déclarer nuls pareils mariages (1).

*
* *

Le consentement existant peut être vicié dans certains cas, en droit américain comme en droit français. Mais les vices ne sont pas exactement les mêmes dans les deux pays. Où l'on parle de violence en droit français on parle de « *duress* » en droit américain. Le mot *duress* équivaut à peu près au mot « contrainte » en français, mais il est d'une acception plus large que la violence. La contrainte qui peut vicier le consentement est de deux sortes : physique ou morale.

La contrainte physique, pour être effective comme vice de consentement, doit avoir dominé l'esprit de celui qui cherche à faire annuler le mariage. La jurisprudence est divisée pour savoir si la contrainte doit avoir sa source unique chez l'autre époux ou si elle peut avoir son origine chez un tiers (2).

Sur le terrain de la contrainte morale, la jurisprudence américaine présente des cas intéressants. Cette contrainte peut revêtir toutes les formes comme elle peut concerner tous les sujets.

(1) *McClung c. Terry*, 21 N. J. Eq. 225 ; *Tiffany*, p. 8. Le droit canonique semble avoir admis la nullité dans ces cas, tout au moins si les deux époux jurent que tout était jeu entre eux et tant que le mariage n'a pas été célébré publiquement *in facie ecclesiae*. — *Esmein*, p. 340 et 341.

(2) Dans l'Etat de New-York, la contrainte doit émaner de l'autre époux. *Sherman c. Sherman*, 20 N. Y., Supp. 414. Mais la jurisprudence tend à se fixer en sens contraire dans les autres Etats. *Marks c. Crume*, 29 S. W. 426 (Kentucky) ; *Fowler c. Fowler*, 131 La, 1088 ; *Tiffany*, p. 13 ; *McCurdy*, p. 199 note.

C'est ainsi que la jurisprudence anglaise a considéré qu'il y avait contrainte dans le fait de menacer un homme de dévoiler sa situation financière s'il ne consentait pas à se marier (1). De nombreuses hypothèses visent des cas de mariages contractés sous la menace de poursuite pour séduction ou d'action en recherche de paternité. La jurisprudence tranche ces cas en faisant la distinction suivante : si l'arrestation est justifiée, si, en d'autres termes l'homme a séduit, une menace de mettre en œuvre contre lui la loi pénale ne peut pas constituer une contrainte effective capable de vicier le consentement. Au contraire, si la menace n'est pas fondée en fait, elle constitue un vice de consentement (2).

Il y a lieu de souligner ici que le mariage par réparation n'existe pas en droit américain. Il n'y a pas de principe dans le droit américain qui permette de forcer un homme à épouser la jeune fille qu'il a séduite (3). Mais, bien entendu, la jeune fille peut faire appel à l'honneur et au sentiment du devoir chez le séducteur. Cet appel est souvent très efficace, car on sait que la fille-mère et l'enfant illégitime sont beaucoup plus méprisés en Amérique qu'en France. Cet appel, dans l'état actuel des mœurs, s'accompagne quelquefois de violences et l'on pousse ainsi le séducteur au mariage (4).

(1) *Scott v. Sebright*, 12 Pro. Div. 21 où le tribunal a déclaré la nullité de ce mariage.

(2) *Tiffany*, p. 14.

(3) Il existe même dans 33 Etats des lois pénales pour la répression de la violence dans ces cas. *Vernier*, p. 223.

(4) Une étude sociale montre que 57 % de tels mariages ont sombré dans le divorce ou la séparation après une période de 15 ans *Mudgett, The Social Effect upon the Family of Forced Marriage*. 5 *The Family* 16-22, 1924.

Le sentiment d'honneur vient par la suite interdire au séducteur toute action en nullité. Le public, voyant que de tels mariages n'ont pas été annulés, en a quelquefois conclu que la loi permettait d'exiger le mariage par réparation (1). Mais il n'en est rien, et si une action en nullité était introduite dans un pareil cas, les tribunaux n'hésiteraient pas à déclarer le mariage nul.

On n'a jamais formulé en droit américain un principe correspondant à l'article 1114 du Code civil, suivant lequel « la seule crainte révérentielle envers le père, la « mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence « exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ». Aujourd'hui, tout au moins, cet article paraîtrait bien singulier à un esprit américain, car s'il y avait et s'il y a encore chez l'Américain du respect envers ses parents, ce respect ne peut pas être qualifié de « crainte ».

En plus cet article, par un argument *a contrario* semble permettre aux ascendants tout sauf la violence. En cela il sera en désaccord avec le droit américain. Non seulement les ascendants ne peuvent pas employer la violence, mais ils ne peuvent pas davantage, par une contrainte morale, substituer leur volonté à celle de leur descendant.

On applique ici un principe analogue à celui qui joue en matière de captation de testament. Un tiers peut persuader, par toutes sortes d'arguments, mais du moment que les actes du contractant ne résultent plus de sa volonté, mais de la volonté d'autrui, du moment

(1) Voir par exemple en France cette opinion exprimée dans le petit roman de Veyrins, *Mariage à l'Américaine*, p. 74, « Le consentement par contrainte est très bien admis en Amérique ».

qu'il n'a plus son libre arbitre, le contrat peut être annulé du chef de *duress*.

★ ★

L'erreur, vice de consentement, existe en droit américain et joue dans cette matière à peu près le même rôle que l'erreur en droit français. C'est ainsi qu'une erreur concernant l'identité de la personne est admise comme vice de consentement, mais l'erreur sur le nom ou le statut d'une personne ne l'est pas (1). Aussi l'erreur sur tout ce qu'on pourrait appeler « qualités matrimoniales », la position sociale, la fortune, le caractère, la santé, qualités qui déterminent toutefois le consentement, ne sont pas retenus (2).

★ ★

Quant au dol ce sera peut-être avec un peu de surprise que nous apprendrons que les Américains n'ont pas la maxime « En mariage, trompe qui peut ». Le dol est pratiquement rayé des vices du consentement en

(1) 38 C. J. 1300, note 99. Dans la plupart des Etats le nom est sans conséquence en droit. Une personne peut s'appeler comme bon lui semble et peut changer son nom à volonté, sans procédure quelconque, pourvu toutefois qu'elle ne le fasse pas pour frauder, ou pour faire de la concurrence déloyale.

Il n'y a pas de carte d'identité en Amérique.

Voir des notes dans 43 H. L. R. 481, note 31 et 54 Yale L. J. 447 et les articles suivants : Steiner, *A Man and his Name*, 15 Yale L. J. 341, 1906 ; Arnold, *Personal Names*, 15 Yale L. J. 227, 1906 ; Savage, *Proper Designation of a Married Woman in Legal Proceedings*, 4 Va. L. Reg. (N. S.) 721, 1919.

(2) Tiffany, p. 15.

droit français (1). En droit américain, le dol est admis partout (2), mais à des degrés différents. Dans l'Etat de New-York, en principe, le dol est retenu comme vice du consentement dans le mariage comme dans tous les contrats (3). C'est ainsi que ses tribunaux ont annulé le mariage avec un individu qui se prétendait citoyen américain alors qu'il était étranger (4), le mariage d'une protestante avec un juif qui lui avait promis la consécration religieuse, mais qui l'avait refusée après la célébration civile (5), le mariage d'une jeune fille avec un jeune homme malade qui s'était fait passer pour sain (6), etc...

Dans les autres Etats le dol, pour constituer un vice du consentement, doit concerner « un des éléments essentiels » à la vie conjugale (7). Cette expression, employée partout, a un sens plus ou moins large dans les différents Etats. Mais on peut faire certaines observations. En général, la jurisprudence, sauf celle de

(1) Voir cependant la note d'André Rouast, dans la *Rev. crit. de Législ. et de Juris.*, 1925, p. 386 et l'arrêt du Tribunal de Bordeaux qui a annulé le mariage contracté par un divorcé, père d'un enfant d'un premier lit, à la demande de la femme qui l'avait épousé le croyant célibataire (9 juin 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 201).

(2) En cela le droit anglo-américain n'a pas accepté la doctrine de droit canonique que le dol était ici un *dolus bonus* par l'effet du Sacrement (Esmein, p. 343). C'est l'influence sur le mariage de la conception contractuelle qui a prévalu.

(3) 38 C. J. 1301, note citant 19 « cases » de l'Etat de New-York.

(4) Truiano c. Truiano, 1925, 201 N. Y. Supp. 573, 24 Col. L. R. 433.

(5) Rutstein c. Rutstein, 222 N. Y. Supp. 688, 1927, 27 Col. L. R. 1001.

(6) Cowen c. Cowen, 211 N. Y. Supp. 840, 1925, 35 Yale L. J. 640.

(7) 38 C. J. 1301 et note 33 Yale L. J. 209.

l'Etat de New-York, n'admet pas le dol concernant la fortune, le caractère ou la situation sociale : « les qualités matrimoniales ». Cependant il y a une tendance à les admettre au profit des mineurs sans expérience ou des vieillards dont la capacité mentale est affaiblie (1).

Le mensonge concernant l'âge d'une des parties sera sans effet. La jurisprudence est divisée dans les cas où le dol concerne la qualité de célibataire ou de divorcé (2).

Quant au dol concernant la chasteté anténuptiale, il faut faire quelques distinctions. S'il y avait simplement une fausse affirmation de pureté par la femme ou par l'homme elle est sans effet (3). Il en est ainsi dans le cas où la femme, pour arriver à se faire épouser par son amant, affirme qu'elle est enceinte de lui, alors qu'elle n'est enceinte ni de lui ni d'un tiers. Mais si la femme recèle une grossesse résultant des rapports avec un tiers, les tribunaux annulent le mariage (4). Mais, même dans ce cas, si l'homme a eu des relations sexuelles avec la femme avant le mariage, il ne peut plus se plaindre en cas de grossesse, quand bien même l'enfant serait né à une époque qui prouverait que sa paternité est impossible (5). Ce principe suppose que l'homme ayant eu

(1) 38 C. J. 1302 où sont cités dix « cases » de mineurs et deux « cases » de vieillards.

(2) Voir 58 C. J. 1302 note 23 et *Oswald c. Oswald*, 126 Atl. 81, 1924 (Maryland) ; *Wills c. Jalham*, 194 N. W. 36, 1923 (Wisconsin), 32 Yale L. J. 209 qui refusent d'admettre ces cas de dol. Mais en sens contraire il y a, en plus des décisions dans l'Etat de New-York, *Clark c. Field*, 13 Vt. 460, 1841 et les notes dans 33 Yale L. J. 209 et 34 Yale L. J. 207.

(3) Schouler, § 23.

(4) Notes 43 H. L. R. 1311 et 33 Yale L. J. 209.

(5) 58 C. J. 1303. La jurisprudence n'est pas uniforme dans ce

des rapports avec sa fiancée peut penser qu'elle a été capable d'en faire autant avec des tiers, et qu'en tout cas les affirmations d'une telle femme ne sont pas dignes de foi. Cela résulte du puritanisme qui supposait que la femme capable d'un péché aussi horrible était, à plus forte raison, capable de péchés moins graves, tel que le mensonge. Aujourd'hui, devant le déclin du puritanisme, le relâchement des mœurs, ce principe paraît appelé à disparaître. Il est aussi en butte à des critiques sérieuses de la doctrine (1).

En général, la dissimulation des maladies vénériennes constitue un vice rendant le mariage annulable, mais il n'en est pas de même d'autres maladies telles que l'épilepsie, la tuberculose, ou des tendances héréditaires à la folie (2).



Que devons-nous penser de cette doctrine du dol comme vice de consentement dans le droit américain ? A l'appui de l'exclusion du dol des vices de consentement en droit français, on fait valoir que « le mariage est un

sens. Le mariage a été annulé dans un cas où l'homme avait fait de la chasteté anténuptiale une condition expresse et la femme, contrairement à ses prétentions, avait eu des rapports incestueux avec son père. *Gatto c. Gatto*, 106 Atl. 493, 1920 (New-Hampshire), 33 Yale L. J. 209.

(1) Voir la note dans 42 H. L. R. 1081 concernant la décision d'*Arno c. Arno*, 163 N. E. 861 (Massachusetts) 1928.

(2) *Tiffany*, p. 11 et la note dans 43 H. L. R. 1311. La doctrine est en général, favorable à l'extension des vices de consentement pour inclure la dissimulation de toute maladie qui présente des dangers soit pour la santé de l'autre conjoint, soit pour les enfants à naître de l'union.

« acte dont la solidité, la stabilité, sont particulièrement
« désirables et qu'il importe de fermer la porte aux récri-
« minations différées et aux repentirs tardifs » (1). Nous
admettons parfaitement que le mariage est un acte
sérieux et qu'il est important de ne pas l'annuler à la
légère. Mais on peut se demander si vraiment le mariage
gagne en stabilité lorsque le législateur autorise toutes
les fraudes. Si un des époux au seuil du mariage est
obligé de pardonner à l'autre les fraudes les plus abomi-
nables, on obtient peut-être une stabilité légale (réserve
faite de la possibilité de divorce pour des causes anté-
rieures au mariage), mais est-ce qu'on peut croire que
ces époux vont rester ensemble pour élever leurs enfants
dans un foyer paisible ? C'est trop demander à la nature
humaine. En fait on perd d'un côté la stabilité que l'on
prétend assurer de l'autre. Ouvrir la porte à toutes les
intrigues est un moyen d'augmenter le nombre des ma-
riages, quand on ne regarde que le lien conjugal en
droit, mais c'est à coup sûr un moyen de créer, en fait,
des foyers brisés. A notre avis il ne faut ni fermer la
porte complètement ni l'ouvrir toute grande. Il faut faire
des distinctions.

Dans les cas où le dol est découvert et la demande
d'annulation formulée avant la consommation du ma-
riage, et dans tous les cas où il n'y a ni enfant né ni
enfant à naître, il nous semble qu'il faut laisser jouer
au dol le rôle normal qu'il joue dans tous les contrats.

Une fois le mariage consommé, ou l'enfant conçu, on
doit fermer la porte aux repentirs basés sur des simples
« qualités matrimoniales », position sociale, fortune,

(1) Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, p. 416.

caractère, santé ordinaire. Faire autrement serait agir à la légère.

Mais dans des cas de dol plus sérieux , même quand le sort des enfants nés ou à naître est en jeu, la nullité doit être prononcée.

CHAPITRE IV

Consentement des Parents

Importance de ce sujet, p. 241 ; — *Indifférence des Américains pour ce sujet*, p. 242 ; — *Législation*, p. 243 ; — *Personnes de qui le consentement est requis*, p. 243 ; — *Forme du consentement*, p. 244.

Le rôle des parents dans le mariage de leurs jeunes enfants est un sujet qu'il n'est pas permis au législateur de négliger. Comme l'a observé un grand savant : « La passion fausse le jugement, dissimule les travers les plus évidents, colore tout en pourpre céleste, rend les amoureux aveugles, et voile à chacun d'eux le véritable caractère de l'autre... » (1). Cela paraît vrai en proportion inverse de l'âge et de l'expérience des personnes.

Nous avons vu dans la première partie, qu'en fait, les parents s'immiscent très rarement dans les mariages de leurs enfants. « Non seulement les jeunes gens et les jeunes filles n'accepteraient pas de se laisser marier par leurs parents, mais il est rare qu'ils daignent les consulter » (2). « Le nouveau foyer se fonde dans des con-

(1) Forel (D^r Auguste), *La Question Sexuelle*, Paris, Steinhiel, 1906, p. 120.

(2) Brunschvig (Marcel), *La Vie Américaine et ses Leçons*, Paris, Colin, 1931, p. 104.

ditions d'indépendance complète » (1). Nous devons nous demander ici donc où est la loi ? Pourquoi n'existe-t-il pas dans l'arsenal juridique des lois qui soutiennent l'autorité des parents pour empêcher les engagements inconsidérés ?

★ ★

Une petite excursion rapide dans le droit ne révélera par grand'chose à ce sujet. Le *common law* avait accepté le principe du droit canonique antérieur au Concile de Trente selon lequel le mariage se formait *per verba de praesenti* sans que les parents aient à s'en occuper. En fait, dans tous les Etats, des lois sont venues statuer sur ce sujet. Mais à première vue les juristes ne semblent pas s'y intéresser. Les deux premiers manuels qui tomberaient sous la main de l'étudiant à la recherche de renseignements sur ce sujet (Peck on Domestic Relations, et Tiffany on Domestic Relations) n'en parlent pas du tout. Un coup d'œil à la table des matières d'un des recueils de « cases » le plus en faveur (McCurdy, Cases on Domestic Relations) montre que l'auteur n'a pas cru utile d'inclure dans son livre des exemples de jurisprudence à ce sujet (2).

Cette grande indifférence s'explique sans doute en partie par l'état des mœurs. Elle s'explique aussi par le caractère très pratique de l'intelligence juridique américaine. On ne met guère autre chose dans les manuels et les « *case books* » que ce qui sera probablement utile dans des litiges.

(1) Cazamian, p. 196.

(2) Tout ce que nous trouvons est une note en bas de la page 150 nous renvoyant sans la moindre discussion à quelques citations.

Si nous insistons pour avoir des détails, nous trouverons un résumé dans Vernier, *American Family Laws*, qui s'occupe spécialement de législation et moins de la coutume jurisprudentielle que des autres manuels, et dans Mary E. Richmond et Fred J. Hall, *Marriage and the State*, livre d'inspiration sociologique publié par la Russell Sage Foundation en 1929. C'est seulement dans ce dernier livre que nous pouvons trouver des renseignements précis sur ce qui se passe dans la pratique.

★ ★

Quelle est d'abord cette législation ? Dans tous les Etats sans exception des lois exigent le consentement des parents pour le mariage des personnes au-dessous d'un certain âge. Pour les hommes, l'âge fixé le plus généralement est 21 ans (c'est ainsi dans 40 Etats, c'est à 20 ans dans 2 Etats, à 18 ans dans 4 Etats et, dans les 2 Etats qui restent, Georgie et Michigan, la loi fixe un âge pour les femmes mais non pour les hommes).

Pour les femmes cet âge est fixé à 18 ans dans 37 Etats et à 21 ans dans les autres 11 Etats (1).

Notons que ces âges sont assez bas. Contrairement à la tradition du droit français qui n'a changé dans cette matière que tout récemment, le droit américain a toujours affranchi le majeur de 21 ans de tout contrôle de ses parents.

★ ★

Quant aux personnes dont le consentement est nécessaire, nous nous trouvons en face de la plus grande

(1) Vernier, p. 120.

variété de dispositions. Les unes exigent le consentement des deux parents, les autres d'un seul. Parfois, dissentiment entre parents vaut consentement, parfois la voix prépondérante est donnée au père. Nulle part on ne trouve un système aussi détaillé que celui qui existe en droit français. On ne demande nulle part le consentement des ascendants plus éloignés que le père et la mère. Si les deux parents sont morts, quelques Etats résolvent la question en n'exigeant point de consentement de qui que ce soit. Dans les autres Etats le consentement est donné par un fonctionnaire déterminé, un juge ou un tuteur nommé *ad hoc*.



Quant à la forme que doit revêtir ce consentement, il existe les plus grandes variantes. Dans 4 Etats, la loi n'en parle pas. Dans les autres Etats, parfois, ceux dont le consentement est exigé doivent apparaître en personne devant certains fonctionnaires et donner oralement leur consentement en prêtant serment quant à leur identité. Il faut se rappeler ici que la carte d'identité n'existe pas en Amérique et les substitutions d'autres personnes à la place des parents, quoique rares, ne sont pas inconnues. Parfois la loi permet au mineur lui-même de présenter au fonctionnaire chargé de délivrer les licences de mariages (1), un écrit contenant le consentement de ses parents. Cela ouvre la porte à des abus, car souvent cet écrit est un faux (2).

(1) Pour l'explication du système des licences de mariage, voir *infra*, chapitre sur Mariage cérémonial, p. 269.

(2) Richmond et Hall, *Marriage and the State*, p. 53.

L'état des mœurs n'est pas favorable au contrôle du mariage par les parents. Il plane au-dessus de ce sujet une conception romantique et peu réaliste suivant laquelle on ne peut rien refuser à l'Amour, qu'en gênant les extases sublimes des jeunes amoureux par des formalités ennuyeuses on risque de tout arrêter, qu'il faut ouvrir toutes grandes les portes du mariage et que la jeunesse a tous les droits (1).

(1) V. *infra*, dans le chapitre sur les Sanctions, p. 306, la matière concernant l'insuffisance des sanctions dans le cas de mariage des mineurs sans le consentement des parents.

Bibliographie

NISOT (Pierre). — *Etude historique sur l'âge en matière de capacité nuptiale*, Paris, G. Godde, 1926.

— *Consent of Parents*, Jurisprudence, 22 L. R. A. N. S. 1206 et L. R. A. 1916C 541.

Note. — *Age of Consent for Marriage — Issuing License without Parents' Approval*, 7 Col. L. R. 279, 1919.

Note. — *Marriage of Minors not Voidable*, 23 Green Bag 549, 1911.

TITRE DEUXIEME

LA CELEBRATION DU MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

Le Mariage dit de « Common Law »

Le mariage en droit canon avant le Concile de Trente, p. 247 ; — Sa réception par le common law, p. 248 ; — Sa réception en Amérique, p. 248 ; — Sa dissolution par l'entrée en religion impossible, p. 254 ; — Sa formation per verba de præsenti ou per verba de futuro cum copula, p. 254 ; — Rôle que peut jouer la copula, p. 256 ; — Sa formation seulement par consentement présent, p. 257 ; — Mode de célébration, p. 260 ; — Utilité du mariage de common law, p. 261 ; — Conception populaire du mariage de common law, p. 263 ; — Critique, p. 264.

On sait qu'avant le Concile de Trente il exista en droit canonique deux théories sur la formation du mariage. Suivant Gratien le *conjugium initiatum* qui résultait du seul consentement entre fiancés devint le *conjugium ratum* par l'effet de la *copula carnalis*. Cette théorie dut céder la place, sous certaines réserves, à la théorie de

Pierre Lombard, selon laquelle l'élément essentiel et suffisant pour le mariage entre personnes capables était le consentement (1).

★
★★

Puisque la Réforme en Angleterre a précédé le Concile de Trente ce sont ces théories là qui ont été transplantées, et qui ont commencé leur évolution propre outre-Manche.

Comme l'Eglise a perdu peu à peu sa juridiction sur le mariage, et comme d'une façon générale les principes du droit canonique ont été acceptés par le *common law*, la doctrine du simple consentement a été reçue en Angleterre.

Ce mariage connu désormais sous le nom de mariage de *common law* était possible jusqu'à 1753 quand une loi (Lord Hardwicke's Act) est venue exiger pour la validité du mariage, à part quelques exceptions sans importance ici, une cérémonie devant l'Eglise anglicane. Eglise d'Etat en Angleterre.

★
★★

Telle était encore la situation du droit anglais au moment de la Révolution américaine en 1776 (2). Le

(1) Esmein, p. 101-143 ; Koegel, p. 14.

(2) Il est vrai qu'en 1844 la Chambre des Lords, dans un arrêt de près de 400 pages (Regina c. Millis, 10 Clark and Finelly, 534-937), a décidé solennellement qu'un mariage par simple consentement en Irlande, où la loi de Lord Hardwicke ne s'appliquait pas, n'était pas valable, la Cour se basant sur le droit canonique avant le Concile de Trente. Mais cette décision est erronée, et tous les

mariage de *common law* longtemps en vigueur avait été aboli par une loi expresse. Dans ces circonstances, on peut se demander comment ce mariage fut établi comme valable dans plusieurs Etats d'Amérique.

La validité du mariage par simple consentement dans les colonies avant la Révolution est une question encore discutée. Il est certain que ces mariages ne reçurent pas la faveur du public (1). Les lois faites par les diverses assemblées coloniales foisonnent de règlements concernant le consentement des parents, l'autorité de diverses personnes, comme des ministres, et des juges pour célébrer le mariage, règlements qui sont en désaccord avec le mariage de *common law*. Mais cela ne suffit pas pour pouvoir conclure que ces mariages étaient sans validité. Les tribunaux, suivant une vieille tradition, qui existe encore de nos jours, refusent de prêter au législateur l'intention d'abroger un principe du *common law* à moins que cette intention soit formulée dans les termes les plus clairs. Dans la jurisprudence on ne trouve qu'une seule espèce où un tribunal colonial ait validé expressément le mariage de *common law* (2). La ques-

auteurs la considèrent ainsi depuis lors : Pollock et Maitland, *History of English Law*, Book II, p. 372. Note 44 H. L. R. 145, par Plucknett ; Bryce, *Marriage and Divorce under Roman and English Law*, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, t. III, p. 782 ; Peck, p. 143 ; Hallett c. Collins, 10 Howard (U. S.), 181.

(1) Howard, *History of Matrimonial Institutions*, t. II, p. 209 ; Cook (Frank Gaylor), *The Marriage celebration in the Colonies*, 61 *Atlantic Monthly* 350, 1888.

(2) Cheseldine c. Brewer, 1 H. & McH. 152, 1739 (Maryland), cité par Koegel, p. 56-57 et 77. Koegel refuse d'y voir un prononciement certain de la validité du mariage de *common law*.

tion était toujours ouverte parce que la loi de Lord Hardwicke ne s'appliquait pas aux colonies.

Du point de vue historique il nous semble impossible de conclure aujourd'hui sur la validité ou l'invalidité du mariage de *common law* dans la période coloniale (1). Il est suffisant de noter qu'il n'existait pas de courant très clair dans l'un ou l'autre sens et que par conséquent le droit colonial n'a pas d'effet décisif sur le droit américain.

Bientôt, après l'indépendance américaine nous trouvons deux courants de décisions, l'un venant du Massachusetts (2) qui a refusé toute validité au mariage de *common law*, et l'autre d'origine new-yorkaise (3) qui l'a accepté comme valable.

En 1827, le Chancelier de New-York, Kent, a publié le second volume de ses *Commentaries on the Common Law*, livre qui est devenu pour l'Amérique une autorité comparable aux Commentaires de Blackstone pour l'Angleterre. Il y a affirmé la validité du mariage de *common law*. En 1842, le traité important de Greenleaf sur la Preuve (*Greenleaf on Evidence*) est venu ajouter son poids à l'autorité de Kent. L'année suivante la question fut discutée devant la Cour Suprême des Etats-Unis (4), mais la Cour fut également divisée sur la réponse à donner.

Ce n'était qu'en 1878 que la Cour Suprême eut à nou-

(1) Koegel soutient que ces mariages sont valides et Howard soutient qu'ils ne le sont pas.

(2) *Mangue c. Mangue*, 1 Mass. 240, 1804 cité par Koegel, p. 77.

(3) *Fenton c. Reed*, 4 Johns (New-York), 52, 1809, cité par Koegel, p. 79.

(4) Dans *Jewel c. Jewell*, 1 Howard 219.

veau à trancher la question (1) et cette fois, elle décida que le mariage de *common law* était valable.

Il serait fastidieux de parler en détail des décisions, l'une après l'autre, dans les divers Etats, qui ont validé ou refusé de valider ce mariage (2). La question a divisé les Etats en deux parties à peu près égales.

Aujourd'hui il est assez rare que la question soit directement présentée aux tribunaux, cela pour deux raisons : d'abord beaucoup des « cases » qui discutent la question révèlent à un examen plus attentif que le point en litige est la question de savoir quelle sera la preuve d'un mariage longtemps après sa célébration, souvent après la mort d'une des parties ou après la mort des deux, et ensuite le fait est que la société ne pratique presque plus le mariage de *common law*. Les quelques cas qui se présentent sont dus le plus généralement aux désirs des parties d'une union libre, d'obtenir illégalement des avantages pécuniaires résultant des polices d'assurance, des héritages, etc.

Les auteurs ne sont pas d'accord quant au nombre d'Etats où le mariage de *common law* serait valable. Vernier juxtapose les opinions des cinq principales autorités dans un tableau comparatif de tous les Etats ; il résulte de ces autorités à l'unanimité des voix ou d'une loi expresse de date plus récente, que le mariage de *common law* est valable dans 22 Etats et n'est pas valable dans 20 Etats. Dans les six autres Etats et dans le

(1) Dans *Meister c. Moore*, 96 U. S. 826, McCurdy, p. 151.

(2) Une très bonne étude sur ce sujet se trouve dans Clunet, 1877, p. 229 et 509, Wharton, *Du Mariage aux Etats-Unis*.

District de Colombie la question reste sans réponse certaine (1).

On supposerait que dans une question aussi importante que le mariage, le législateur serait venu mettre fin à toute cette confusion. En fait il l'a augmentée. Il y a très peu d'Etats où d'une façon catégorique le mariage de *common law* soit déclaré valable ou non valable. La loi de trois Etats seulement (Delaware, Mississippi et New-Jersey) le déclare valable, et la loi de quatre Etats (Arizona, Illinois, New-York et Missouri) le déclare non valable.

Dans tous les autres Etats la loi est équivoque. Le législateur a créé une réglementation souvent minutieuse concernant la formation du lien conjugal. En général, pour se marier il faut obtenir une licence de mariage, c'est-à-dire une autorisation de l'Etat, après quoi on peut procéder à la célébration formelle de son mariage (2.)

(1) Vernier, p. 106-107. Les autorités citées sont Richmond et Hall, Koegel, Tiffany, Decker et Halfpenny, et L. R. A. 1915.

Selon ce tableau le mariage de *common law* est valable dans les Etats suivants : Alabama, Caroline du Sud, Colorado, Delaware, Floride, Georgie, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, New-Jersey, New-York, Ohio, Oklahoma, Pensylvanie, Sud-Dakota, Texas, Wyoming.

Il n'est pas valable dans les Etats suivants : Arizona, Arkansas, Californie, Connecticut, Illinois, Kentucky, Louisiane, Maryland, Massachusetts, Missouri, Nébraska, Nord-Dakota, Orégon, Tennessee, Utah, Vermont, Virginie, Virginie de l'Ouest et Washington.

Les Etats en plus du District de Colombie où il existe des incertitudes sont : Caroline du Nord, Maine, New-Hampshire, Nouveau-Mexique, Rhode-Island, Winsconsin.

Depuis la publication de Vernier, une loi expresse dans l'Etat de New-York a abrogé le mariage de *common law*, Laws of New-York, 1933, Chapter 606.

(2) Voir à ce sujet le prochain chapitre p. 269.

A côté de ces règles visant la cérémonie du mariage, la loi de quelques Etats contient certaines dispositions qui déterminent quels seront les effets de tentatives de mariage plus ou moins conformes avec ces règles. Dans plusieurs Etats ces dispositions laissent une grande liberté, allant jusqu'à dire que les mariages qui n'ont pas été célébrés en conformité avec ces règles seront néanmoins valables. Ainsi dans l'Idaho, le Montana et le Sud-Dakota, bien que le consentement seul ne constitue pas un mariage, s'il est suivi d'une cérémonie quelconque ou si les parties publiquement se présentent comme mariées, le mariage sera valable.

En revanche dans d'autres Etats ces dispositions sont très strictes, et stipulent que les tentatives de mariage sans solennité et sans licence suivant les prescriptions de la loi seraient nuls et non avenues. Il en est ainsi dans cinq Etats (Connecticut, Kentucky, Louisiane, Nébraska, Utah).

Une disposition de la loi de 25 Etats déclare que le mariage ne sera pas entaché de nullité par l'effet seul de l'incompétence du célébrant à condition que les époux aient été de bonne foi (1).

Mais le plus généralement la loi des Etats a simplement créé le système des licences, et quant aux effets d'autres formes de célébration, la loi est muette. Dans ces circonstances la lacune doit être comblée par les tribunaux. Ils l'ont fait de toutes les manières et c'est là la source de beaucoup d'incertitudes.

★
★★

(1) Vernier, p. 98.

Nous allons essayer maintenant de préciser les diverses modalités du mariage de *common law* en Amérique, et de montrer ses caractères généraux.

On se rappelle que selon Gratien le mariage se faisait en deux degrés, le *conjugium initiatum* par le seul consentement des parties et le *conjugium ratum* par l'effet de la *copula carnalis*. Le *conjugium initiatum* pouvait se dissoudre notamment par l'entrée en religion d'une des parties.

Avec la laïcisation de ce mariage en droit américain, ce principe de dissolution par l'entrée en religion n'a jamais été accepté. En droit américain même selon le *common law* on est marié ou on ne l'est pas. Une fois marié, il n'y a de dissolution possible que par la mort ou par le divorce.



Les expressions si courantes de droit canonique : *per verba de praesenti* et *per verba de futuro cum copula* sont encore aujourd'hui d'usage très fréquent dans ce sujet en droit américain. On lira dans presque toutes les décisions des tribunaux qu'il suffit de l'une ou de l'autre pour constituer un mariage de *common law*. Beaucoup d'auteurs, surtout les anciens, ont reproduit la même affirmation. Mais il n'y a là que l'apparence.

Pour savoir où on en est dans le droit américain il faut faire une distinction familière à ses juristes, entre ce que font les tribunaux et ce qu'ils disent, entre la *ratio decidendi* et le *obiter dictum*. « On sait que les « arrêts américains comme les arrêts anglais ne sont pas « rédigés comme en France par *attendus et considérants*,

« mais ce sont une relation, d'ailleurs quelquefois peu
« authentique, faite par un *reporter* de la manière dont
« l'arrêt a été jugé par la Cour... » (1).

Dans cette relation, qui peut s'étendre quelquefois à une centaine de pages ou plus, le juge a l'occasion de passer en revue d'autres décisions, d'en faire un commentaire, et il y émet souvent des affirmations personnelles qui ne sont point litisdécisoires. Ces affirmations sont des *obiter dicta*, et ont, par cela même, moins de poids. Ces *obiter dicta* n'ont pas la force des précédents qu'il faut suivre dans l'avenir.

Pour dégager la *ratio decidendi* on prend les prétentions faites par le demandeur dans la pièce d'ouverture de litige et les réponses faites par le défendeur. De ces deux thèses opposées ressort la question exacte du litige. La *ratio decidendi* est la réponse que le juge fait à cette question (2). Les encyclopédies comme le *Corpus Juris*, ou le *Ruling Case Law*, etc., voire même les citations en note dans beaucoup de traités sont composés d'un mélange d'*obiter dicta* et de *ratione decidendi* sans distinction. Or, il ne faut pas toujours prendre à la lettre les énoncés des encyclopédies ; il faut faire un choix entre ce qui est sérieux, ce qui a force de précédant, la *ratio decidendi* d'un côté et de l'autre ces *obiter dicta* qui n'ont qu'une importance secondaire.

Lorsqu'on applique cette distinction aux « cases » concernant le mariage de *common law* on s'aperçoit vite que les juges ont répété souvent que le mariage *per*

(1) Lévy-Ullmann, *Répétitions Ecrites, Obligations et Contrats*, 1927-28, p. 210.

(2) Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a Case*, 1930, 40 Yale L. J. 161.

verba de future cum copula est valable, mais si on cherche des cas où la question s'est nettement posée, on n'en trouve guère (1). Il est douteux que ce mariage soit possible aujourd'hui dans quelque Etat que ce soit (2).

*
* *

Mais il faut ici éviter une confusion, entre deux effets possibles de la *copula*. Dans le droit canonique selon l'école de Gratien, il est incontestable que la *copula* avait l'effet de parfaire le mariage, et les canonistes l'ont expliqué par une présomption qu'au moment de l'*unitas carnis* les parties se prenaient comme époux. Cette présomption n'était pas susceptible de la preuve contraire. Cette présomption irréfragable revenait à dire qu'un consentement *de praesenti* n'était pas nécessaire au mariage. En d'autres termes, un fiancé pouvait posséder sa fiancée par force et leur union constituait un mariage (3).

C'est ce caractère extrême de la doctrine de Gratien qui n'est pas acceptée aujourd'hui aux Etats-Unis. Mais, tout en restant dans les limites de la théorie du mariage *per verba praesenti*, la *copula* peut jouer le rôle de parfaire le mariage à condition seulement que les circonstances montrent que les parties ont voulu par là consentir au mariage. Comme nous l'avons vu, l'accord des volontés peut se manifester par *actes* aussi bien que par *paroles*. Il en est ainsi du contrat de fiançailles. Il en

(1) McCurdy, p. 163, note 6, en cite 6 « cases » des Etats de Texas, Illinois, Californie, Louisiane, mais il observe que la jurisprudence est plus généralement contre la validité de ces mariages.

(2) Koegel, p. 139-148 ; Tiffany, p. 44.

(3) Esmein, p. 142-144.

serait de même dans le mariage d'un muet. Si par cet acte, l'union charnelle, les parties ont voulu manifester leur consentement présent au mariage, leur mariage serait parfait. Leur intention à cet égard présente une question de fait qui est, en droit américain, du domaine du jury. Il revient aux douze citoyens, bons et fidèles, de dire si, dans les circonstances de l'espèce, les parties avaient eu, oui ou non, cette intention.

La présomption de consentement résultant de l'union charnelle est toujours réfutable. Sinon, l'action en séduction qui est très courante aux Etats-Unis ne serait pas possible dans le cas où la séduction serait précédée par une promesse de mariage. Or, on peut dire, que l'action en séduction après promesse de mariage est presque le type le plus courant de cette action.

Dans l'évolution du mariage par simple consentement aux Etats-Unis, donc, la coutume jurisprudentielle a supprimé cet effet absolu de la *copula* qu'avait établi le droit canonique antérieur au Concile de Trente, et lui a substitué un effet relatif, dépendant des circonstances.



Dans les 22 Etats où il est certain que le mariage de *common law* existe, c'est, en principe, le consentement présent seul qu'il faut pour le constituer. Ce consentement peut se manifester sous n'importe quelle forme et la *copula* peut en être une.

Dans la majorité des Etats où la doctrine de mariage de *common law* est en vigueur, ce consentement présent est à la fois nécessaire et suffisant. Mais on peut se demander si dans quelques Etats les tribunaux n'ont pas

ajouté un autre élément indispensable. Il est commun de trouver de la jurisprudence qui annonce, qu'en plus des *verba de præsenti* il faut la cohabitation. C'est là un ensemble d'éléments pour former le mariage, inconnu du droit canonique. Mais ici encore une fois, il est nécessaire de se garder de prêter trop d'attention aux *obiter dicta*. Par la nature des choses, le cas de mariage par simples *verba de praesenti*, sans cohabitation immédiate n'existe que très rarement.

Dans presque tous les « cases » où les juges annoncent que cette cohabitation subséquente serait un élément essentiel du mariage, les faits de l'espèce révèlent qu'elle a bel et bien existé. Ce sont donc, autant d'*obiter dicta*. Et si les mêmes juges se trouvaient en face d'un cas où le consentement présent existe sans la cohabitation, décideraient-ils de même ? A cette question on ne peut pas répondre d'une façon certaine. Les juges comme les auteurs confondent trop aisément les éléments essentiels à la formation du mariage avec la preuve du mariage. Un des modes de preuve de mariage est celui où on le déduit de la cohabitation et du *repute* (ce qui équivaut à peu près la commune renommée de droit français). Si deux personnes ont cohabité pendant longtemps et se sont présentées en public comme des époux, on en déduit qu'elles sont mariées (soit par le *common law* soit par une cérémonie après licence en conformité avec la législation à ce sujet). Les déductions de cette sorte deviennent trop facilement l'énoncé d'un principe de droit que la cohabitation est un élément essentiel du mariage. Mais si on regarde attentivement les « cases » sur ce sujet, on trouvera que dans la plupart il s'agit de

la preuve seulement, ou que le soi-disant principe énoncé par le juge est un *obiter dictum*.

Cependant quelques cas où il existait un consentement présent sans cohabitation se sont présentés devant les tribunaux. Dans la majorité de ces cas, les tribunaux ont validé le mariage (1), mais dans quelques-uns ils ont refusé de le faire (2).

On ne s'aperçoit pas toujours que la doctrine de cohabitation, comme élément essentiel pour parfaire un mariage *per verba de præsenti*, est inconciliable avec la loi pénale qui punit la fornication. Le mot « cohabitation » ici est plus large que le mot *copula*. La cohabitation suppose une vie commune pendant au moins un certain temps. En exigeant la cohabitation pour transformer le simple consentement en mariage, la loi, au lieu de punir le crime de fornication, qui a forcément existé pendant ce certain temps, vient y mettre son sceau d'approbation. A vrai dire, on ne devrait pas tergiverser dans ces incertitudes. Un mariage doit exister à partir d'un moment précis ou ne pas exister du tout. Il faut

(1) Tiffany, p. 48. Le gouvernement américain a autorisé des veuves de guerre à recevoir l'indemnité d'assurance dans beaucoup de cas de mariages formés par correspondance entre une Américaine et un soldat en France. Dans ces cas les parties ne se sont pas vues du vivant du mari, et par conséquent il n'y avait pas de cohabitation. Koegel, p. 131.

(2) Le « case » le plus clair sur ce point est *Lorimer c. Lorimer*, 124 Mich. 631, 1900, cité par Koegel, p. 126 ; Tiffany, p. 48, cite des « cases » des Etats suivants où la cohabitation serait nécessaire : Alabama, Californie, Colorado, Michigan, Montana, Sud-Dakota, Texas.

Koegel, p. 164, en donne une liste de 21 Etats où la cohabitation serait nécessaire, mais nous croyons que sa liste a été inspirée d'*obiter dicta* dans beaucoup de cas.

ou accepter le simple consentement comme élément suffisant, ou jeter par-dessus bord toute la théorie de mariage de *common law*.

★ ★

A part ces exceptions illogiques, nous pouvons donc dire que le mariage de *common law*, dans la majorité des Etats qui le permettent, se forme par le simple consentement d'un homme et d'une femme de se prendre comme époux. Le mode de célébration est réduit à l'extrême. Il n'y a pas besoin de consentement des parents, il n'y a pas besoin de témoins, ni de cérémonie quelconque. Le mariage peut même se contracter par correspondance, par simples lettres échangées, tout comme on achèterait une voiture ou un sac de farine. Il existe un cas de la sorte dans la jurisprudence (1), entre un homme du Minnesota et une femme du Missouri. Il y avait un échange de lettres et des contrats écrits en double, les deux exemplaires dûment signés par les deux époux.

Le mariage de *common law* peut se contracter, en théorie au moins, par l'intermédiaire d'un mandataire (2). Mais les Américains ne semblent guère en avoir fait usage (3). On se rappelle que le droit français

(1) *Great Northern Ry. Co. v. Johnson* 254 Fed. 683 cité par Tiffany, p. 46.

(2) Lorenzen, *Marriage by Proxy and the Conflict of Laws*, 32 H. L. R. 473 (1919).

(3) Voir cependant 2 « cases » cités par McCurdy, p. 167 note 1.; *Ex parte Suzanna*, 1924, 295 Fed. 713 et *In re Lum Yin Ying*, 1894, 59 Fed. 682.

Il existe un autre cas où le mariage par mandataire a facilité

a permis le mariage par mandataire dans des circonstances spéciales, pendant la dernière guerre. Le même besoin s'est fait sentir en Amérique, mais le gouvernement n'a pas eu recours au même moyen. Au lieu de cela, le juge-avocat général de l'armée américaine a rédigé un acte par lequel les deux signataires contractaient mariage entre eux. La pratique suivie était d'envoyer cet acte en double pour recevoir d'abord la signature du soldat en France, et ensuite de le renvoyer pour recevoir la signature de la femme en Amérique. Suivant la doctrine américaine du conflit des lois, le contrat se forme, à défaut d'indication contraire dans l'offre, à l'endroit où l'offre serait acceptée. Ainsi le contrat était soustrait à l'application du droit français. Ce mariage serait donc valable à condition que l'acte ait reçu la dernière signature dans un Etat où le mariage de *common law* est reconnu (1).



Le droit américain utilise la notion de mariage de *common law* dans un cas assez particulier que voici : deux personnes se croyant capables essaient de se marier, mais au moment de leur acte il existait à leur insu un empêchement dirimant, par exemple un premier

l'entrée d'une étrangère aux Etats-Unis. Primus à New-York a épousé Seconda en Espagne par l'intermédiaire d'un mandataire. Ensuite elle a demandé l'admission aux Etats-Unis à un moment où le contingent pour des immigrants espagnols était complet. Le tribunal a décidé qu'elle était admissible comme épouse d'un Américain. *United States ex. rel. Aznar c. Commissioner of Immigration*, 70 N. Y. L. J. 1883 (1924). Notes 24 Col. L. R. 672 et 33 Yale L. J. 777.

(1) Koegel, p. 133, donne une copie de l'acte employé.

époux de l'une d'elles, qu'on a cru mort, vivait encore. Après qu'elles ont cohabité de bonne foi l'empêchement vient à disparaître (l'époux, qu'on a cru mort, vient à mourir). Si, par la suite, elles apprennent l'existence de cet empêchement et sa cessation subséquente, elles n'ont qu'à continuer la vie commune pour parfaire leur mariage. C'est là le mariage de *common law* proprement dit. Mais on va plus loin. Si elles ne l'apprennent jamais, si seuls leurs enfants après elles l'apprennent, ce mariage serait parfait dès le moment de cessation de l'empêchement, et les enfants nés après cette date seront considérés comme légitimes (1).

Bien entendu cette doctrine dépend de la bonne foi des époux. Si ils savent au commencement qu'il existe un empêchement, leur relation est celle des concubins et la cessation de l'empêchement n'y change rien. Cependant, la jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point (2).

En vérité cette doctrine va très loin, car le mariage peut se former entre deux personnes à leur insu. La Cour Suprême des Etats-Unis l'a appliquée à des circonstances extrêmes. Deux personnes dont le mariage était nul dans un Etat où le mariage de *common law* n'était pas reconnu, sont allées, quelques mois avant la mort du mari, s'établir dans un autre Etat où cette doctrine était acceptée. Ces personnes ignoraient complètement et la loi des deux Etats en question et l'existence

(1) Haywood c. Nichols, 160 Pac. 982 (Kansas) 1916 ; Wilson c. Burnett, 172 N. Y. Supp. 673, 1918, cités dans une note dans 26 Col. L. R. 487, 1926.

(2) Kegel, p. 153-160.

d'un empêchement à leur mariage. La Cour a prononcé la validité du mariage (1).



Quand nous nous demandons quelle est la conception que se fait le profane en Amérique du mariage de *common law*, nous trouvons une grande confusion. De la facilité avec laquelle on se marie selon le *common law*, le profane a trop souvent conclu qu'on pourrait s'en défaire sans plus de formes. Pour le corriger on a envie de lui crier ces mots qu'Anatole France a mis dans la bouche de M. d'Astarac à propos des hymens des salamandres (2) : « Mais n'allez pas croire que pour n'être pas inscrits sur un sale registre dans une vilaine sacristie, ces engagements soient peu solides et puissent être rompus avec facilité. » En somme, le mariage de *common law* se confond souvent, chez le peuple, avec une union libre d'une certaine stabilité (3).

On trouve parfois des personnes qui croient qu'elles peuvent contracter un mariage de *common law* quand

(1) Travers v. Reinhart, 205 U. S. 423, McCurdy, p. 155 La jurisprudence dans 22 Etats est en accord avec la Cour Suprême. Koegel, p. 166.

(2) Dans *La Rôtisserie de la Reine Pédauque*, p. 138 .

(3) Llewellyn (K. N.), *Behind the Law of Divorce*, 32 Col. L. R. 1289. On sait que la Cour d'appel de Paris a refusé d'admettre l'existence d'un mariage de *common law* contracté dans l'Etat de New-York (Arrêt Lebaudy) parce qu'elle ne pouvait pas le distinguer d'une union libre ; Laisney (Jean), *Mariage religieux et Mariage civil*, thèse, Paris, 1930, p. 115. La Cour d'appel de Paris a également refusé de reconnaître un mariage de *common law* contracté en France par des citoyens américains bien que ce mariage soit valable selon leur loi nationale et la loi de leur domicile ; Grandcamp v. Willison, arrêt du 3 mars 1898, 25 Clunet 566.

elles sont incapables de contracter un mariage avec licence et cérémonie. Ainsi certaines personnes, simplement séparées de leurs époux, croient se marier devant le *common law* en se mettant en ménage. Si, en fait, il n'existe aucun empêchement à un mariage de *common law*, les époux les plus ignorants vont jusqu'à croire, parfois, que les enfants nés de leur union ne sont pas légitimes. Toute cette confusion est à son comble parmi les nègres. Ceux qui en savent le plus utilisent souvent la théorie de mariage de *common law* pour obtenir les avantages pécuniaires en prétendant succéder comme veuf ou veuve à un partenaire d'union libre. Ce qu'a observé avec ironie un tribunal de New-York à ce sujet est instructif : « L'expression épouse de *common law* est un synonyme pour une femme, qui, ayant vécu avec un homme pendant un temps où elle aurait pu se déclarer son épouse si elle en était telle, ne cherche qu'à assumer cet état ouvertement après sa mort, y était contrainte et par la perte de l'appui qu'il lui a donné et par le désir d'obtenir cet appui encore en partageant sa propriété » (1).

★
★★

Si la théorie donne des résultats de cette sorte, pourquoi, se demande-t-on, le législateur ne l'a-t-il pas abrogée ? Une commission de l'Association du Barreau américain a recommandé en 1911 que ce mariage soit aboli par les assemblées législatives de tous les Etats. Presque tous les auteurs sont d'accord pour conseiller sa disparition, et souvent les tribunaux l'admettent à

(1) *In re Brush*, 49 N. Y. Supp. 803, 806.

contre-cœur, s'y croyant obligés par une jurisprudence établie. Mais ces aiguillons ne suffisent pas à émouvoir le législateur.

A notre avis, le peuple voit encore une utilité dans ce mariage. Bien que très peu de gens aient recours à ce moyen pour célébrer un mariage projeté, beaucoup supposent que seule cette théorie pourrait parfaire leur mariage s'ils n'ont pas rempli à la lettre toutes les formalités exigées par la loi, ou pourrait sauver la situation si la preuve d'un mariage cérémonial faisait défaut.

Le peuple imagine le désastre dans une famille respectable, si, longtemps après sa fondation, un tribunal venait mettre en doute la validité du mariage du père et de la mère. On craint surtout que les enfants dont personne n'a jamais mis en doute la légitimité ne soient obligés enfin de subir la flétrissure de l'illégitimité qui est, certes, beaucoup plus forte en Amérique qu'en France.

On ne s'est pas encore aperçu partout que la théorie du mariage de *common law* comme remède à ces difficultés est trop large. Ce qu'il faut, c'est une théorie du mariage putatif, à la fois large dans ses conceptions sur la bonne foi et précise dans toutes ses dispositions.

Le droit américain connaît la notion du mariage putatif (1), mais les possibilités que présente cette théorie, considérée comme porte de sortie aux difficultés qui,

(1) Beale, *Marriage and the Domicil*, 44 H. L. R. 507. Iowa Code 1927, sections 10489-91 ; Tex. Rev. Civ. Code (Vernon), 1928, section 2581 ; Henley c. Foster, 125 So. 662 (Alabama), 1930. Note 43 H. L. R. 1161, Kahn, *Principes de Droit Anglo-Américain*, p. 195.

croit-on, sont solubles par le mariage de *common law*, peu connues des juristes américains, sont ignorées complètement du public. Il y a là un domaine où de sérieuses études de droit comparé porteraient les plus grands fruits.

Bibliographie

- BRAS (M. G. Le). — *Mariage*, du *Dictionnaire de Théologie catholique*, Paris, Lelouzey et Ané, 1927.
- DANVILLIER (Jean). — *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Thèse, Paris, 1933.
- ESMEIN (A.). — *Le mariage en Droit canonique*, 2^e édition par GÉNESTAL, Tome I, Paris, Sirey, 1929.
- KENT (James). — *Commentaries on American Law*, 13^e édition, Boston, Little Brown and C^o, 1884.
- LAISNEY (Jean). — *Mariage religieux et mariage civil*, Thèse, Paris, Editions Spès, 1930.
- MAITLAND (F. W.). — *Roman Canon Law*, Londres, Methuen and C^o, 1898.
- STUBBS (William). — *The History of the Canon Law in England, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, p. 248, Boston, Little Brown and C^o, 1904.
- WHARTON. — *Du mariage aux Etats-Unis*, Clunet, 1877, p. 229 et 509.
- COOK (F. G.). — *Celebration of Marriage*, 61 *Atlantic Monthly* 245, 350, 520 et 680, 1888.

- GÉNESTAL (R.). — *Les Sponsalia per verba de futuro dans le Registre civil de l'Officialité de Paris*, Revue Historique de Droit, p. 173, 1925.
- HALL (F. S.). — *Common Law Marriage in New York State*, 30 Col. L. R. 1, 1930.
- LLEWELLYN (K. N.). — *Behind the Law of Divorce*, 32 Col. L. R. 1281.
- LORENZEN (Ernest G.). — *Marriage by Proxy and the Conflicts of Laws*, 32 H. L. R. 473-488.
- MASON (Gregory). — *Marriage by Mail*, 153 Outlook et Independant, 183. (*Une étude du courtage matrimonial. La conclusion en est que les mariages qui en résultent ont plus de chances de succès que le mariage ordinaire*).
- Note. — *Marriage by Mail*, 33 H. L. R. 134-140, 1920.
- Note. — *Marriage by Mail*, 32 H. L. R. 848, 1919.
- Note. — *Marriage by Mail*, 3 Minn. L. R. 426.
- Note. — *Recognition of Marriage by Proxy abroad*, 33 Yale L. J. 777.
- Note. — *Common Law Marriage after Removal of Impediment to Valid Ceremonial Marriage*, 12 Cornell L. Quar. 513, 1927.
- Note. — *Subsequent Validation of an Illegal Marriage*, 26 Yale L. J. 145-47, 1916.
-

CHAPITRE II

Le Mariage cérémonial. — Législation

Le système de licence de mariage, p. 269 ; — *Procédure suivie pour se marier*, p. 271 ; — *Alternatives à la licence*, p. 272 ; — *Délais*, p. 272 ; — *La mise en œuvre du système de licence*, p. 273 ; — *Le lieu de la cérémonie*, p. 280 ; — *Qui peut célébrer le mariage ?* p. 281 ; — *Forme de la cérémonie*, p. 281 ; — *Témoins*, p. 283 ; — *Enregistrement du mariage*, p. 283 ; — *Responsabilité du célébrant*, p. 283 ; — *Proposition d'un amendement à la Constitution fédérale pour permettre d'uniformiser les lois sur le mariage*, p. 286.

Le mariage de *common law*, avons-nous dit, est très peu pratiqué aujourd'hui. Tant du point de vue juridique que du point de vue social il présente tellement de défauts, de difficultés de preuve, d'insécurité, qu'il a perdu droit de cité parmi ceux qui se respectent. L'habitude normale de la presque totalité des Américains est de se marier suivant une procédure détaillée par les lois de chaque Etat et que nous allons étudier maintenant.

Pour se marier, la loi exige d'une façon générale, d'abord l'obtention d'une licence de mariage, c'est-à-dire une autorisation de l'Etat, et ensuite une cérémonie

devant certains célébrants auxquels la loi a donné qualité.

L'expression « licence de mariage » nous vient de la pratique ancienne de l'Eglise anglicane suivant laquelle une « licence de mariage » donnée par un évêque permettait à certaines personnes de procéder à leur mariage sans publication de bans (1).

La double procédure de la licence et de la cérémonie n'a pas toujours existé en Amérique.

Dans la période coloniale, le mariage dans la Nouvelle Angleterre fut toujours célébré par les juges, et dans la Virginie et les autres colonies du Sud par les ministres de l'Eglise. Vers la fin du ^{xvii}^e siècle un courant d'opinion se répandit en faveur du mariage religieux et les lois coloniales le permirent dès lors dans la Nouvelle-Angleterre (2). Ces lois exigeaient le consentement des parents et la publication des bans.

C'est dans le courant du ^{xix}^e siècle que le système de la licence de mariage fut établi dans les divers Etats, et aujourd'hui il existe, dans tous les Etats, une législation détaillée concernant ces licences, bien que dans un petit nombre d'Etats la publication de bans puisse tenir lieu de licence. Ces lois ne forment pas un tout uniforme, il n'y a même pas deux Etats qui aient une législation identique. La Commission de l'Association du Barreau américain pour l'uniformisation des lois des différents Etats, ici, comme dans beaucoup d'autres matières, a

(1) Richmond et Hall, p. 17.

(2) Cook, *The Marriage Celebration in the Colonies*, 61 *Atlantic Monthly*, 350, 1888.

suggéré aux divers Parlements un texte type (1). Mais aucun Etat ne l'a adopté intégralement, et seuls le Wisconsin et le Massachusetts l'ont adopté, non toutefois sans y apporter des modifications particulières.

Dans ces circonstances force nous est de résumer la situation sans donner les détails de cette législation dans les divers Etats.



D'une façon générale quand un mariage est projeté en Amérique on procède de la façon suivante : le fiancé se présente seul au bureau qui a qualité pour délivrer les licences de mariage, et là il demande à en « acheter » une. Le fonctionnaire, commis pour la délivrer, lui pose certaines questions concernant les qualités que la loi exige pour le mariage. L'homme, en répondant, prête serment que lui et sa future épouse ont ces qualités, et qu'ils sont aptes au mariage suivant la loi. Après le paiement d'un droit modique (de un ou deux dollars) le fonctionnaire lui remet une licence de mariage, qui porte le sceau de l'Etat et qui, adressée à toute personne ayant qualité pour le faire, contient l'autorisation officielle de célébrer le mariage entre les parties nommées.

Muni de ce papier, le candidat procède à la célébration de son mariage, en choisissant un célébrant civil ou religieux parmi ceux qui ont qualité légale.

Voilà, dans ses grandes lignes, la procédure que suivent tous ceux qui se marient en Amérique. Nous allons maintenant entrer dans les détails.

(1) Voir à ce sujet, Rey, *La Commission Américaine d'Uniformité des Lois d'Etats*, Paris, Girard, 1927.

★ ★

Il y a d'abord quelques Etats où, sans avoir obtenu préalablement une licence, il est permis de célébrer le mariage. En Californie, une loi permet aux personnes majeures vivant en ménage de faire bénir leur union par un ministre d'église quelconque sans avoir obtenu de licence. Pareil mariage est enregistré dans les archives de l'Eglise, mais nulle part ailleurs (1). Dans 3 autres Etats la loi accepte, comme équivalent de la licence, la publication de bans dans les églises. Certains délais, de une à trois semaines, doivent s'écouler entre la publication des bans et la cérémonie du mariage (2).

★ ★

Dans tous les autres Etats, abstraction faite du mariage de *common law*, une licence est la condition préalablement nécessaire de tout mariage cérémonial.

Certains de ces Etats exigent un préavis avant de donner la licence. Il en est ainsi dans 18 Etats (3) : leur législation exige un délai variable, mais dont les limites sont comprises entre un minimum de 3 à 5 jours et un maximum de 15 à 30. Trois Etats, proscrivant le délai préalable, délivrent la licence aussitôt après la demande, mais n'en reconnaissent l'efficacité qu'après écoulement d'un délai déterminé. Ce système permet la fraude, car

(1) Vernier, p. 76.

(2) *Ibid.*, p. 54 et Richmond et Hall, p. 41.

(3) Vernier, p. 55, fixe le nombre de ces Etats à 13 mais ce nombre a augmenté. En 1932, il y en avait 18 suivant *Recent Social Trends*, p. 704.

la restriction prévue peut être aisément annulée si le candidat obtient du célébrant qu'il postdate le certificat de mariage et diffère jusqu'à l'expiration du délai imposé l'enregistrement du mariage au bureau des licences. La manœuvre est souvent possible : il suffit d'y mettre le prix, encore est-il modique !

Le délai exigé dans ce cas permet au fonctionnaire de vérifier les affirmations des candidats. En cas de soupçons, il aura le temps nécessaire pour vérifier l'âge des parties et pour demander aux parents s'ils ont vraiment donné leur consentement. On ne saurait d'ailleurs trop recommander aux candidats, dans leur propre intérêt, d'observer un délai, si court soit-il. Cela force à réfléchir. Il est incontestable que l'instabilité du lien conjugal en Amérique est en partie due à la précipitation avec laquelle les jeunes gens se marient. Il est à souhaiter que bientôt tous les Etats adoptent ce système et exigent un délai de quelques jours entre la demande et la remise de la licence.

Les Etats, exigeant un préavis, ont tous formulé certaines exceptions permettant au fonctionnaire de délivrer la licence immédiatement après la demande. Ces exceptions visent, en général, le cas de mort imminente d'une des parties, ou la grossesse de la femme.



Examinons maintenant la mise en œuvre de ce système de licence. On s'aperçoit que c'est au fonctionnaire chargé de délivrer la licence qu'incombe la responsabilité de veiller à ce que les prescriptions de la loi ne soient pas violées. Dans quelques Etats les célébrants partagent cette responsabilité, mais c'est exceptionnel.

Dans le premier titre de cette partie nous avons passé en revue les conditions d'existence du mariage. Parmi elles on peut citer les suivantes qu'il incombe au fonctionnaire, chargé de remettre la licence, de faire respecter : l'état physique propre au mariage, la prohibition de la bigamie, la consanguinité et la « *miscegenation* ».

Quant à l'état physique propre au mariage, il y a trois questions concernant respectivement la différence de sexe des futurs époux, l'impuissance et le certificat médical. La première question ne se présente pour ainsi dire jamais. La loi américaine n'en parle pas plus que la loi française. Pourtant, si le fonctionnaire a lieu de croire, dans tel cas particulier, que les deux fiancés sont du même sexe il sera certainement fondé à refuser la licence.

Les lois des Etats américains ne favorisent pas en général la découverte de cet empêchement, pas plus que de bien d'autres empêchements, car il n'y a que 7 Etats qui exigent que les *deux* parties comparaissent devant le fonctionnaire, pour demander la licence (1). La pratique dans quelques Etats révèle même qu'on ne demande comparution ni de l'un ni de l'autre candidat. La loi étant muette sur ce point, les fonctionnaires ont parfois envoyé les licences par la poste, la demande en étant faite par la même voie (2). Il est évident que cette pratique permet des abus, et il est à souhaiter que la

(1) Richmond et Hall, p. 62.

(2) Jusqu'à 1932 seulement 16 Etats (un tiers du total) ont eu des lois exigeant la comparution personnelle de l'une ou l'autre des parties, *Recent Social Trends*, p. 704.

loi de tous les Etats exige la comparution simultanée des deux candidats. Une telle loi permettra au fonctionnaire de voir le couple de ses yeux, de lui refuser une licence en cas d'empêchement apparent et d'exiger le cas échéant d'autres éclaircissements.

Quant à l'impuissance, il est douteux que le fonctionnaire chargé de remettre la licence ait compétence pour s'en occuper. Les impuissants peuvent se marier, entre eux ou avec d'autres, et leur mariage sera valable à condition qu'aucune des parties ne soit dupe. L'impuissance ne peut pas empêcher le mariage des vieillards, et le mariage d'un jeune impuissant n'en sera pas moins valable si l'autre partie y est entrée en pleine connaissance de cause. La nullité prononcée dans ces cas est motivée par le dol. Et puisqu'on ne saurait demander à celui qui délivre les licences de s'occuper d'autres espèces de dol, il en sera de même pour celui-ci. Tout au plus le fonctionnaire peut-il révéler le dol à la partie innocente sans s'exposer à payer des dommages-intérêts pour diffamation.

Quant au certificat médical, qui est exigé par la loi de 10 Etats, comme nous l'avons vu, le fonctionnaire chargé de délivrer les licences n'a qu'à accepter le certificat présenté par les candidats s'il est conforme à la loi. Ainsi la responsabilité, quant à l'application de cette prescription législative, est rejetée sur le corps médical. S'acquitte-t-il honorablement de sa tâche ? Des enquêtes sérieuses ont été faites en Amérique pour répondre à cette question. Il en résulte que les médecins font un examen sérieux dans la majorité des cas (1).

(1) Voir *supra*, chapitre sur les Empêchements Absolus, p. 211, note 2.

Quant à l'impuberté, il y a un moyen de contrôle facile. Les commis du bureau de licence n'ont qu'à demander au candidat un extrait de son acte de naissance. Il est rare aujourd'hui que le candidat soit dans l'impossibilité de le produire. Sans doute certains bureaux adoptent cette procédure, mais il y en a beaucoup plus qui n'y pensent pas. Tous ces actes qui marquent d'une façon si définitive les changements d'état des personnes en France sont à peu près inconnus en Amérique. Nous avons vu que la carte d'identité n'existe pas. L'enregistrement des naissances ne s'est généralisé que pendant les trente ou quarante dernières années. Dans ces conditions l'acte de naissance ne sert pas dans une circonstance où précisément un Français le jugerait le plus utile.

Non seulement le fonctionnaire ne demande pas un acte de naissance, mais il se contente souvent, pour l'âge du candidat, de l'affirmation du candidat lui-même ! Et comme c'est presque toujours l'homme, et non la femme, qui fait la demande de licence, c'est lui qui prête serment que sa fiancée a, elle aussi, l'âge exigé par la loi.

Quant au consentement des parents, les candidats s'en affranchissent souvent en se déclarant majeurs quel que soit leur âge. Mais, dans le cas où le candidat se déclare mineur, le fonctionnaire a, dans la plupart des Etats, recours à divers moyens. Encore ici quelques-uns se bornent à demander au candidat lui-même si ses parents y consentent. S'il l'affirme, la question est résolue. Plus généralement le fonctionnaire demande un écrit signé de la main des parents, mais là encore il n'est pas impossible de tourner la loi en forgeant la pièce demandée, car le fonctionnaire ne peut pas contrôler des signatures

dont il ne connaît pas les originaux. Heureusement il y a une tendance parmi les fonctionnaires les plus consciencieux à exiger soit la comparution des parents en personne pour donner leur consentement verbalement, soit un écrit sous serment et avec témoins (1).

Quant à la capacité mentale des candidats, le fonctionnaire chargé de délivrer la licence a certainement le pouvoir d'apprécier. On se rappelle qu'il n'y a que 30 Etats qui interdisent le mariage aux aliénés comme tels. Dans les autres Etats, on discute seulement la question de savoir si un aliéné peut donner un consentement valable. La pratique montre la plus grande variété dans l'application de ces lois. Dans certains Etats, les fonctionnaires routiniers demandent aux candidats eux-mêmes si par hasard ils ne sont pas des idiots, et, recevant sous serment une réponse négative, ils se croient déchargés de toute responsabilité (2). A l'opposé les fonctionnaires de certains Etats refusent la licence à ceux qu'ils croient mentalement inaptes au mariage, quand bien même il n'existerait aucune loi dans leur Etat interdisant le mariage aux aliénés. Dans d'autres Etats les bureaux de licences sont pourvus régulièrement de la liste des personnes frappées d'interdiction judiciaire. Dans d'autres encore les fonctionnaires refusent la licence quand il leur semble, après un examen sommaire, que les candidats n'ont pas, suivant la loi, une capacité mentale suffisante pour le mariage. Leur décision dans tous les cas est sujette à revision devant les tribunaux par la procédure dite de *mandamus*. Il y a là une garantie suffisante contre des abus.

(1) Richmond et Hall, p. 53.

(2) *Ibid.*, p. 59.

Pour ce qui est de la bigamie, il n'existe pas en Amérique une réglementation préventive civile comme en France. Le droit français a rendu la bigamie presque impossible, par le système de notation du mariage en marge des actes de naissance. En Amérique, ce système de notation n'existe pas, et le fonctionnaire demande simplement au candidat s'il n'a jamais été marié auparavant. Si la réponse est négative, on n'en parle plus. Si elle est affirmative, le fonctionnaire est en droit de demander au candidat une preuve de sa libération de cette première union par le divorce ou la mort de son conjoint. Mais le plus souvent le fonctionnaire se contente de lui demander encore simplement où et à quelle date son conjoint est mort ou divorcé (1).

Ce système ouvre évidemment la porte à la bigamie. Il en existe qui échappent aux poursuites pénales, et certainement plus en Amérique qu'en France. Pourtant nous avons l'impression qu'il en existe moins que ces quelques lignes ne pourraient le faire croire à un Français. Le contrôle de la bigamie se fait en Amérique par « l'accablante sociabilité des Américains » (2). Il serait difficile à une personne d'échapper à son milieu et à ses amis au point de laisser passer inaperçu un second mariage, le premier n'étant pas dissous. Quoi qu'il en soit, les poursuites pour bigamie ne sont guère plus fréquentes en Amérique qu'en France. On considère qu'il en existe très peu et en tout cas le public ne s'en inquiète guère.

(1) Richmond et Hall, p. 54.

(2) Keyserling, *Psychanalyse de l'Amérique*, p. 42.

Quant au contrôle des mariages entre parents à des degrés trop proches, le fonctionnaire chargé de délivrer les licences ne joue pas un rôle effectif. C'est toujours pour la même raison : il accepte les affirmations des candidats au lieu de les contrôler par des preuves venant de tiers.

Dans les Etats où le mariage est interdit entre personnes de race différente, il serait facile pour le bureau de licence d'effectuer un contrôle sérieux en exigeant la comparution simultanée des deux parties au moment de la demande de licence. Mais, comme nous l'avons vu, la loi ne l'exige que rarement. Mais tout cela est d'ailleurs sans grande importance. Même dans les Etats où le mariage entre personnes de race différente est permis, le nombre de ces mariages est infime. Le plus effectif contrôle, si contrôle on veut, est l'opinion publique. Sachant quelle flétrissure les attend, les fiancés de couleurs différentes n'osent braver ni le mariage ni même une union libre.

D'une façon générale la loi concernant les licences est assez mal appliquée. Les fonctionnaires responsables ne sont pas assez conscients de leur devoir social. Ils sont encore imprégnés de la notion que le mariage est de droit naturel et qu'ils doivent le favoriser. Dans quelques Etats le fonctionnaire reçoit une rémunération pour son travail sous la forme d'un pourcentage des droits perçus par son bureau (1). Il n'est pas surprenant dans ces conditions qu'il fasse de son mieux pour « vendre » le plus de licences possible. Ce fonctionnaire, soucieux de réussir comme tous les Américains, se préoccupe

(1) Richmond et Hall, p. 44.

essentiellement du rendement de son bureau. Mais avec quels déplorables résultats ! Heureusement ce système n'est en vigueur que dans un petit nombre d'Etats.

Un autre défaut dans la mise en œuvre du système de licences résulte de ce que presque partout le fonctionnaire qui délivre les licences, est maître chez lui (1). Il est souvent élu par le peuple et n'est responsable devant personne. Quand il a donné une licence pour un mariage, il n'y a plus rien à faire. Exceptionnellement dans 8 Etats la loi a organisé un système d'oppositions. Mais dans 3 seulement (la Louisiane, le Maine et le Wisconsin) il est possible de faire opposition devant les tribunaux (2).



Une fois en possession de la licence, les candidats peuvent se marier. La cérémonie du mariage doit toujours avoir lieu dans l'Etat qui a donné la licence et pour plusieurs Etats dans le comté où la licence a été délivrée (3).

Dans les limites de l'Etat, ou du comté selon les lois des divers Etats, la cérémonie du mariage peut avoir lieu n'importe où, à l'église, à la mairie, au bureau du juge, à la maison de la future épouse, sous un arbre à la nudiste (4), dans un avion, sur un bateau, et cette liste

(1) *Ibid.*, p. 46.

(2) Vernier, p. 77.

(3) Vernier, p. 91.

(4) La presse quotidienne du 2 décembre 1933 rapporte un tel mariage en Californie. Le pasteur, le couple et plusieurs témoins ont revêtu pour l'occasion un nu intégral. Voir *Chicago Daily Tribune* (Edition de Paris) du 2 décembre 1933,

est encore indicative et non limitative. Pas d'obligation de se rendre à la maison commune ni de garder les portes ouvertes comme en France.

★ ★

Les parties ont un choix assez grand quant au célébrant. En général, la loi donne qualité aux ministres de tous les cultes, aux prêtres, aux rabbins et à un nombre plus ou moins grand de célébrants civils : les juges, les juges de paix, le gouverneur de l'Etat, les maires des villes, etc... (1). Il n'y a que 3 Etats (le Maine, le Maryland et la Virginie de l'Ouest) où les ministres des églises soient seuls autorisés à célébrer les mariages (2). Dans ces Etats le mariage est donc forcément religieux.

★ ★

Il n'est pas nécessaire en général que la cérémonie emprunte une forme déterminée, mais toutefois la loi exige toujours que les parties se prennent mutuellement comme époux. La loi accepte en général la forme usitée dans les différents cultes. Quant aux mariages devant les célébrants civils, la forme en est réglée au gré du célébrant. La forme usitée à la mairie de la ville de New-York est la suivante : 1° le célébrant demande aux deux candidats et à l'assistance s'ils connaissent un empêchement au mariage en question ; 2° le célébrant demande

(1) Nous lisons avec étonnement dans Cosentini (Francesco), *Le Droit de Famille, Essai de Réforme*, 1929, à la page 205 : « Les lois de New-York, Californie, Illinois, Kentucky, Tennessee, Washington, Virginie et Virginie de l'Ouest font précéder obligatoirement le mariage religieux du mariage civil. » C'est une erreur. Nulle part, en Amérique, le mariage civil n'est obligatoire.

(2) Vernier, p. 81.

à chaque candidat s'il prend l'autre comme son époux devant la loi et s'il s'engage à l'aimer et à l'honorer dans la prospérité comme dans l'adversité en laissant toute autre personne aussi longtemps qu'il vit ; 3° le célébrant déclare, en vertu de l'autorité qu'il a reçue de l'Etat, que les deux parties sont mari et femme (1).

Il y a en Amérique, comme nous l'avons vu, une grande variété de sectes et de sociétés religieuses de toute nuance, et chacune d'elles a souvent sa manière propre de célébrer les mariages. Les lois des Etats se sont montrées très libérales à leur égard. Dans 41 des 48 Etats il existe des lois spéciales visant ces sectes. Le plus souvent la loi homologue simplement dans les termes les plus généraux les cérémonies conformes à la doctrine de n'importe quelle secte. Dans plusieurs Etats, la loi accepte la cérémonie en usage chez certaines sectes nommées expressément. La cérémonie chez les Quakers a particulièrement préoccupé le législateur (2). Chez eux il n'y a pas de célébrant ; les époux sont leur propre ministre. Du fond du recueillement silencieux qui caractérise leur culte, les futurs époux se lèvent et, se joignant les mains, chacun s'engage successivement, par des mots simples et improvisés, à prendre l'autre pour époux. A la fin de la cérémonie, un procès-verbal est rédigé et toute l'assistance le signe comme témoins. Puis, un des anciens de la société porte ce procès-verbal au bureau d'enregistrement des mariages qui en

(1) Mémorandum reçu de l'Office of the City Clerk, Municipal Building, New-York.

(2) Dans 16 Etats, Vernier, p. 96.

prend acte comme de tout autre mariage. Une autre loi rend valable la cérémonie spéciale de la Société de Culture Ethique de New-York.

★ ★

Dans 30 Etats la loi demande qu'il y ait des témoins de la cérémonie (1). C'est là une sage disposition : la cérémonie y gagne en dignité, et cela constitue aussi, dans une certaine mesure une garantie contre la violence, l'erreur et le dol.

★ ★

La cérémonie achevée, le célébrant a encore des devoirs à remplir. Il doit, en premier lieu, remettre aux époux un certificat de mariage, qui leur en facilitera la preuve. Ensuite la loi de tous les Etats le charge d'enregistrer le mariage à un bureau officiel ou parfois au bureau qui a délivré la licence (2). Cette formalité est extrêmement importante car ces inscriptions dans les archives de l'Etat feront foi dans le cas où les époux égareraient leur certificat. Elles servent également de base à l'établissement de la statistique des mariages. Les célébrants ont un délai plus ou moins long (le plus souvent de 30 jours) pour remplir cette formalité.

★ ★

Dans certains Etats le célébrant partage, avec le fonctionnaire chargé de délivrer la licence, la responsabilité des mariages illégaux. La loi lui défend sous certaines peines de célébrer des mariages pour lesquels il existe des empêchements. Ainsi les prescriptions de la loi

(1) Vernier, p. 110.

(2) *Ibid.*, p. 145.

sont assurées d'un double contrôle. Le célébrant civil ou religieux peut se couvrir en refusant de célébrer le mariage, s'il a des doutes quant à sa légalité. La question de savoir si on pourra exiger d'un célébrant déterminé la célébration du mariage ne semble pas s'être jamais présentée. Les juges, qui seraient des célébrants des plus dignes, se croient fondés à refuser pareille besogne.

Tous les célébrants ne veillent pas avec la même sévérité à l'application stricte de la loi. En général, les célébrants religieux font leur devoir avec conscience. Non seulement ils font respecter la loi, mais ils donnent à la cérémonie une atmosphère de solennité qui exerce un très bon effet sur les époux. Beaucoup d'entre eux refusent de célébrer le mariage entre personnes qu'ils ne connaissent pas personnellement, à moins qu'elles leur soient présentées par des amis de toute confiance (1). Dans ces conditions, il est peu probable que les mineurs surenchérisent sur leur âge, ou que les aliénés passent pour des sains d'esprit, etc. Les célébrants catholiques sont probablement les plus sérieux de tous. Ils observent non seulement la loi civile, mais aussi le droit canonique qui est plus strict (2). La confession préalable prépare le candidat aux obligations sérieuses qu'il va contracter.

(1) Richmond et Hall, p. 263.

(2) Il existe en Amérique deux excellents manuels qui exposent le droit canonique suivant le code promulgué en 1918. Ayrinhac, *Marriage Legislation in the New Code of Canon Law*, New-York, 1918, Benziger Bros. et Petrvits, *The New Church Law on Matrimony*, 2^e édition, Philadelphia, John Jos. McVey, 1229 Arch Street, 1926.

Le célébrant civil a une tâche plus difficile, car le public considère qu'il est l'objet naturel des supercheries. Ceux qui n'osent pas braver les ministres des Eglises se précipitent pour l'importuner et n'hésitent pas à le tromper si leur intérêt le leur commande. Cependant, beaucoup d'entre eux ont une haute conception de leur devoir social et le remplissent avec dignité et honneur. On peut citer en exemples les bureaux de mariage civil des villes de New-York et de Chicago.

Malheureusement, il y a des exceptions tant parmi les célébrants religieux que parmi les célébrants civils. La diversité des lois dans les Etats et le principe du conflit des lois suivant lequel on n'est pas tenu de se marier dans l'Etat de son domicile concourent à créer une situation dont certains célébrants des deux catégories n'hésitent pas à profiter. Richmond et Hall ont compté non moins de 57 Gretna Greens en Amérique. Pareils organismes prospèrent dans les villes frontières de deux Etats quand la législation de l'un est beaucoup plus stricte de celle de l'autre. Dans certaines de ces villes il existe de véritables industries destinées à faciliter le mariage moyennant un prix. Le juge de paix local monte un « salon de mariage » où sont « vendues » des cérémonies matrimoniales de différentes catégories suivant le prix qu'on offre, tout comme font les sociétés de pompes funèbres en France pour les enterrements. Ces salons placent leurs guetteurs à l'entrée de la ville, et les amoureux qui arrivent généralement en voiture sont suivis au bureau de licence, et de là ils sont pilotés vers le « moulin à mariage » (1).

(1) Un des pires de ces « moulins à mariage » a été signalé tout récemment par la grande presse. Il est situé à Wellsburg, dans

Ces conditions sont déplorables de tous les points de vue. Mais pourtant il ne faut y voir que des cas exceptionnels. La plupart de ceux qui se marient n'y ont pas recours. On estime d'abord que les trois quarts des cérémonies sont religieuses (1) et des cérémonies civiles un très petit nombre ont lieu aux Gretna Greens. Le type de cérémonie du mariage américain est encore le mariage religieux accompagné de beaucoup de formalités et même ceux qui ont recours aux célébrants civils se marient dignement et en stricte conformité avec la loi.



Pour couper court aux mariages hâtifs on a souvent proposé un amendement à la Constitution fédérale qui permettrait au Congrès de légiférer sur le mariage et le divorce pour tout le pays. Mais ces propositions n'ont abouti à rien. Ceux qui ont proposé l'amendement avaient en même temps des idées très nettes sur le nombre de causes de divorce que le Congrès doit incorporer dans la loi. La question du divorce et la proposition d'amendement ne faisaient qu'un dans la discussion générale. Or, les controverses qu'a soulevées la question du divorce ont toujours enlevé à l'amendement toute chance de succès.

Il est douteux qu'une loi fédérale soit désirable. Le pays est encore très divisé dans ses conceptions matrimoniales et encore plus dans ses conceptions sur le

l'Etat de Virginie de l'Ouest, ville d'une population de 6.398 âmes. Dans les huit premiers mois de 1934 il y a été célébré plus de 4.000 mariages ! Voir *Chicago Tribune*, Edition de Paris du 18 octobre 1934.

(1) Richmond et Hall, p. 218.

divorce. Permettra-t-on le mariage entre blanc et noir ? Tout le Midi sera en révolte. Il en est de même de plusieurs autres points controversés.

L'application de la loi des Etats serait notablement facilitée si tous avaient adopté le projet de loi uniforme qu'a proposé une Commission de l'Association du Barreau américain. Jusqu'en 1932, seuls 14 Etats l'avaient adopté (1). Ce projet de loi stipule que sera nul et non avenu à tous égards le mariage contracté dans un autre Etat au mépris des lois de l'Etat dans lequel les époux résident et ont l'intention de continuer de résider (2). A l'abri d'une telle loi chaque Etat serait à même de contrôler effectivement le mariage de toutes les personnes domiciliées sur son territoire.

(1) *Recent Social Trends*, p. 704.

(2) Goodrich, p. 264. Voir *infra*, chapitre sur les Conflits de Compétence Législative, p. 364.

Bibliographie

- BUTTERFIELD (Oliver). — *The Social Effects of the California Law which requires that 3 days must elapse between the application for and the granting of a marriage license*, Southern Calif. University Press, Los Angeles, California.
- LAISNEY (Jean). — *Mariage religieux et mariage civil*, Thèse, Paris, Editions Spès, 1930.
- FOSTER (W. S.). — *Proposal as to Waiting Period for Marriage Licenses*, 3 Mich. S. B. Jour. 153-154, 1924.
- HARGEST (W. M.). — *The Effort to Harmonize Laws in the United States, Uniform Laws in General*, 136 Annals of the American Academy of Political and Social Science 31-36, 1928.
- MACCHESNEY (N. W.). — *Uniform State Laws*, 5 Ill. L. R. 21-44, 1911.
- Note. — *Ceremony by Unordained Minister*, 39 H. L. R. 782, 1926 et 21 Ill. L. R. 181-82, 1926.
- Note. — *Marriages Licenses*, 16 Col. L. R. 70, 1927.
-

TITRE TROISIÈME

SANCTIONS

CHAPITRE UNIQUE

Sanctions

Sanctions pénales infligées aux époux, p. 289 ; — Sanctions pénales infligées aux tiers, p. 292 ; — Sanctions civiles ; Distinction entre les mariages qui ne sont annulables que par les tribunaux et les mariages nuls de plein droit ou annulables par les parties, p. 292 ; — Mariages qui ne sont annulables que par les tribunaux, p. 297 ; — Mariages nuls de plein droit, p. 299 ; — Mariages annulables par les parties ; Mariages des personnes entre l'âge de 7 ans et l'âge de la puberté, p. 299 ; — Critique de l'annulation par les parties dans ce cas, p. 300 ; — Mariages dans lesquels le consentement a été vicié, p. 301 ; — Critique de l'annulation par les parties dans ce cas, p. 302 ; — Effets de la nullité, p. 303 ; — Action en dommages-intérêts contre l'époux coupable de dol, p. 305 ; — La même action contre un tiers, p. 305 ; — Sanction insuffisante dans le cas de mariage des mineurs sans le consentement des parents, p. 306.

Les principes du droit régissant le mariage, qu'ils soient d'origine coutumière ou d'origine législative, sont sanctionnés soit pénalement soit civilement. Les sanc-

tions pénales peuvent frapper ou les époux ou les tiers.

Les sanctions pénales infligées aux époux sont en petit nombre. Tout d'abord, il existe des peines contre les bigames. Pendant longtemps la bigamie fut punie en Angleterre par les tribunaux ecclésiastiques, mais une loi du temps de Jacques I^{er} a donné compétence aux tribunaux civils (1) et a prévu la peine de mort. La bigamie a été classée parmi les « *felonies* », ce qui entraînait originairement la confiscation des terres. Aux Etats-Unis cette peine n'existe pas, mais le mot « *felony* » reste pour désigner les crimes les plus graves, tels que le meurtre, le rapt, la trahison. Partout aux Etats-Unis la bigamie est classée parmi les *felonies*. Elle n'est plus punie de mort, mais seulement de réclusion ou d'amende suivant la gravité des circonstances.

En général on peut dire qu'en droit américain une personne est bigame lorsque, déjà engagée dans les liens du mariage, elle tente d'en contracter un second sans que le premier ait été dissous par la mort, l'annulation ou le divorce. Mais, dans presque tous les Etats, une personne n'est pas considérée comme bigame, aux yeux de la loi, lorsque par une absence prolongée un premier époux a pu faire croire légitimement à l'autre qu'il était mort. Peu importe que le premier mariage soit de *common law* ou cérémonial. Il suffit que ce mariage subsiste encore au moment de la tentative du second mariage. Peu importe même que le premier mariage ait quelque vice qui le rend annulable devant les tribunaux. S'il n'a pas été annulé avant la tentative du second mariage, ce dernier sera entaché de biga-

(1) St. I Jac. I c. 11. Reynolds c. U. S., 98 U. S. 145, 165.

mie (1). Il en est de même selon la jurisprudence prédominante si le premier mariage est annulable par les parties à cause du fait que l'une d'elles n'avait pas encore atteint l'âge de puberté légale (2).

Quant aux exceptions basées sur la bonne foi du conjoint qui s'est cru libéré en raison de l'absence prolongée du premier époux, la loi des divers Etats exige, tantôt que l'époux inculpé de bigamie n'ait pas eu de nouvelles de l'absent, tantôt qu'il ait de bonnes raisons de croire que l'absent est mort. La durée de l'absence prévue par la loi varie dans les différents Etats. Elle doit être de 7 ans dans 17 Etats, de 5 ans dans 27 Etats et dans les 4 autres Etats elle est de 2, 3 ou 4 ans (3).

Une autre sanction pénale frappant les époux est celle qui vise le mariage entre personnes de race différente. Comme nous l'avons vu, ce mariage est prohibé dans 30 Etats et dans beaucoup de ces Etats la peine prévue est la réclusion, l'amende ou les deux. Les lois diffèrent suivant les Etats, les uns exigeant pour la culpabilité, que les parties prétendent être mariés, les autres punissant la simple cohabitation (4).

Dans quelques Etats la loi pénale punit d'une amende les parties qui auraient obtenu une licence en faisant de fausses réponses aux interrogations du fonctionnaire (5) et dans d'autres Etats les époux qui se marient sans licence (6).

(1) 7 C. J. 1159.

(2) Tiffany, p. 23.

(3) Vernier, p. 215.

(4) 40 C. J. 1216.

(5) Il en est ainsi dans 7 Etats suivant Vernier, p. 64.

(6) Il en est ainsi dans 2 Etats suivant Vernier, p. 64.

*
* *

Quant aux sanctions pénales frappant les tiers, la loi de 44 Etats punit d'une amende le fonctionnaire qui aurait délivré une licence contrairement aux prescriptions de la loi (1) et dans les autres Etats il est probable que le fonctionnaire fautif tomberait sous le coup d'un autre texte plus général. Une variété assez grande d'autres lois punit les faux témoins et les personnes se prêtant à personnifier des parents pour donner un consentement.

La loi pénale frappe aussi, dans presque tous les Etats, les célébrants qui prêtent leur ministère aux personnes voulant contracter des mariages prohibés par la loi. La sévérité des peines varie beaucoup et va d'une amende de principe dans certains cas jusqu'à l'emprisonnement dans d'autres (2). Dans 3 Etats, le législateur a cru utile de créer des sanctions contre les réclames tendancieuses que font les célébrants pour augmenter leurs affaires.

*
* *

Les sanctions civiles sont plus graves que les sanctions pénales. De celles qui frappent les époux, la plus importante est la nullité du mariage.

Les juristes américains font une distinction à ce sujet entre les mariages dont la nullité ne peut être prononcée que par les tribunaux et les mariages nuls de plein droit ou annulable par les parties elles-mêmes. Cette

(1) Vernier, p. 62.

(2) Vernier, p. 82.

distinction s'explique par des considérations historiques. En Angleterre, le mariage était autrefois, ainsi que nous l'avons vu, de la compétence des tribunaux ecclésiastiques. Les empêchements canoniques, permettant d'annuler le mariage, étaient principalement la parenté ou l'alliance des époux et l'impuissance. Mais il fallait toujours une action, les parties elles-mêmes ne pouvant pas annuler leur mariage. En d'autres termes le mariage n'était annulable que devant la justice et tant que les tribunaux n'avaient pas prononcé la nullité, le mariage restait valable.

Mais, encore que le mariage fût de la compétence des tribunaux ecclésiastiques, les tribunaux laïques en réglaient les effets civils — questions concernant surtout la propriété. Pour eux il existait certains empêchements civils — principalement les vices de consentement des époux et l'impuberté — qui rendaient le mariage, comme tout autre contrat, sans effets. Dans ce cas, une action directe pour annuler le mariage n'était pas possible, les tribunaux laïques étant incompetents pour connaître d'une telle action. La nullité du mariage paraissait incidemment dans une action concernant la propriété. Cette nullité résultait soit de la nature du mariage en question, soit des actes des parties. Quand plus tard les tribunaux laïques ont été investis de la juridiction des tribunaux ecclésiastiques la vieille distinction persista (1).

Cette distinction avait une influence sur la compétence des tribunaux. Les empêchements civils étant d'origine coutumière, les tribunaux laïques pouvaient en connaître

(1) Note 43 H. L. R. 109,

sans autorisation législative et leur champ d'action pouvait s'étendre dans la même mesure que le *common law* lui-même. Mais il n'en était pas de même des empêchements ecclésiastiques. Pour eux, l'origine de la compétence civile était législative et par conséquent leur étendue n'a jamais pu déborder le champ que la loi leur avait assigné.

Aux Etats-Unis il n'a jamais existé de tribunaux ecclésiastiques et il n'y a pas de tribunaux laïques qui aient hérité de leur compétence. Donc, quand il s'agit d'empêchements canoniques l'action ne peut être intentée que devant les tribunaux à qui une loi expresse a donné compétence et cette action est régie par cette loi dans tous ses détails (1). Quant aux empêchements civils, la jurisprudence américaine a posé de bonne heure le principe que la compétence reconnue aux tribunaux laïques en Angleterre serait reconnue aux tribunaux d'*equity* aux Etats-Unis (2).

Tous les Etats n'ont pas encore de lois spéciales désignant les tribunaux compétents pour l'annulation des mariages (3). En l'absence de loi spéciale un tribunal peut parfois se donner compétence en interprétant les textes qui ont présidé à sa création (4). Sinon les mariages contractés au mépris d'un empêchement canonique ne peuvent pas être annulés (5), à moins que le

(1) Tiffany, p. 59.

(2) Vernier, p. 260. Pour le sens de ce mot « *equity* » voir *supra* chapitre sur le cadre dans lequel se meut le mariage, — *Institution Juridique*, p. 171.

(3) Il en serait ainsi dans 12 Etats suivant Vernier, p. 260.

(4) Davis c. Whitlock, 90 S. C. 233, 1911, McCurdy, p. 263.

(5) Anonymous, 24 N. J. Eq. 19, McCurdy, p. 230. La jurisprudence est presque unanime dans ce sens.

tribunal ne veuille s'arroger ce pouvoir, ce qui s'est produit dans quelques cas exceptionnels (1).

Cette distinction entre les mariages annulables seulement devant les tribunaux et les mariages nuls de plein droit ou annulables par les parties est devenue une distinction propre, en dehors de toute préoccupation historique, les juristes ayant souvent perdu de vue son origine dans la distinction entre les empêchements canoniques et les empêchements civils.

*
**

Quand un mariage est nul de plein droit, sa nullité est absolue. Par conséquent un tel mariage ne peut pas être ratifié, même lorsque la cause de sa nullité a disparu. Les parties ne peuvent en tirer aucun avantage. Les enfants sont illégitimes, réserve faite de la théorie du mariage putatif. Tout intéressé peut invoquer la nullité dans toutes les actions et à n'importe quel moment.

Au contraire, quand un mariage est annulable par les parties, il est valable tant que les parties n'y ont pas mis fin. Les tiers ne peuvent pas agir pour l'annuler et ils sont obligés de le reconnaître tant que les intéressés ne l'ont pas annulé.

Il en est de même pour des mariages qui ne peuvent être annulés que par les tribunaux. Tant que le tribunal compétent n'a pas prononcé la nullité, ce mariage est

(1) *Wightman c. Wightman*, 4 Johns. Ch. (New-York) 345. 1820, McCurdy, p. 250, *dicta* du chancelier Kent qu'un tribunal peut annuler les mariages entre parents dans la ligne directe et entre frère et sœur sans une loi spéciale lui donnant compétence,

valable envers et contre tous. L'initiative reste aux époux, et s'ils n'ont pas jugé bon de demander la nullité aux tribunaux de leur vivant, personne ne peut le faire, dès que l'un des deux est mort (1).

Il est bon de préciser tout de suite que, même dans les cas de mariages nuls de plein droit ou annulables par les parties, la jurisprudence américaine a décidé qu'on pourrait tout de même faire constater la nullité par les tribunaux (2). Le tribunal ici se borne à constater la nullité et son jugement n'est pas créateur d'un statut nouveau. Une telle action est même à conseiller dans tous les cas douteux. Elle fixe définitivement l'état des personnes et donne de la sécurité dans les rapports sociaux. Ce qui distingue ces cas est le principe qu'une telle action n'est pas indispensable ; les parties elles-mêmes sont en droit de traiter le mariage comme nul.

Il arrive parfois aussi que des parties peuvent avoir des doutes, non pas concernant la nullité de leur mariage, mais concernant sa validité. Dans ce cas la loi de plusieurs Etats a créé une procédure pour que les tribunaux puissent constater officiellement la validité du mariage en question, afin de calmer les inquiétudes et de ramener la paix dans la famille (3).



(1) *Bowers c. Bowers*, 73 Am. Dec. 99 (S. C.) 1858, *McCurdy*, p. 248.

(2) *Vernier*, p. 240.

(3) Ce cas est prévu par la loi des 18 Etats. Dans les autres la validité ne sera prononcée qu'indirectement si le tribunal déboute les parties dans une action en nullité. *Vernier*, p. 282.

Nous essaierons maintenant de situer la ligne qui sépare les deux catégories de mariages suivant la jurisprudence actuelle. Si nous examinons d'abord la première catégorie de mariages dont la nullité doit être prononcée par les tribunaux, nous y trouvons que ce sont en général des mariages dont les tribunaux ecclésiastiques avaient coutume de prononcer la nullité. Ainsi les tribunaux décident à l'unanimité qu'un mariage dans lequel une des parties est impuissante est valable jusqu'à ce que la nullité soit prononcée par le tribunal (1). Aussi la jurisprudence déclare, en l'absence de législation expresse, que les mariages entre parents aux degrés prohibés ne sont annulables que par les tribunaux. Les époux ne peuvent pas dissoudre leur mariage en se quittant et en le traitant comme nul (2). Mais la loi de quelques Etats consacre une règle contraire (3).

Nous avons vu que le mariage est interdit dans plusieurs Etats en raison de l'état de santé des postulants. Cette législation vise les maladies contagieuses, les maladies vénériennes et l'épilepsie. Nous avons vu que la loi de 10 Etats, afin d'empêcher le mariage de personnes atteintes de maladies vénériennes, a adopté le système du certificat prénuptial. Mais dans 9 autres Etats où ce mariage est prohibé, le certificat prénuptial n'est pas exigé. Les époux sont tenus simplement de prêter serment au fonctionnaire, qui leur délivre la licence, qu'ils ne sont pas atteints de ces maladies.

Dans tous ces cas, quelle que soit la forme de la maladie, la question se présente de savoir quelle sera

(1) Tiffany, p. 30 et 56.

(2) Tiffany, p. 28.

(3) Il en est ainsi dans 7 Etats selon Vernier, p. 178.

la validité d'un mariage contracté au mépris de ces prohibitions. La question peut se poser même dans les Etats où le système du certificat pénuptial est en vigueur, car il est possible que le postulant ait réussi à tromper le médecin pénuptial.

Il est encore trop tôt pour répondre définitivement à cette question. Il semble qu'un tel mariage soit annulable et non nul de plein droit. Il serait d'ailleurs invraisemblable que les parties pussent annuler un tel mariage en abandonnant la vie commune. Une annulation de cette sorte par les parties elles-mêmes n'a été jusqu'ici qu'une arme entre les mains des impubères, ou de ceux dont le consentement a été vicié. Il est donc probable que les tribunaux n'admettraient la nullité dans ces cas qu'en raison d'une décision judiciaire (1).

En résumé, on peut dire qu'en dehors des mariages dont la nullité résulte de l'impuissance, de la consanguinité ou de l'état de santé des postulants il n'y en a pas d'autres où, selon la jurisprudence prédominante, le jugement de nullité soit indispensable. On aurait pu supposer trouver ici des mariages sans consentement, car le consentement était bien nécessaire suivant le droit canon. Mais il en était ainsi de tous les contrats et les tribunaux laïques en Angleterre connaissaient de ce procès en même temps que les tribunaux ecclésiastiques. La jurisprudence actuelle continue donc la tradition des tribunaux laïques.

★
★★

(1) Telle est l'opinion de Vernier, p. 199.

Si nous considérons maintenant l'autre catégorie de mariages dont la nullité ne résulte pas nécessairement d'un jugement des tribunaux, nous noterons d'abord ceux qui sont nuls de plein droit et ensuite ceux qui sont annulables par les parties. Sont nuls de plein droit les mariages de bigames, les mariages entre personnes de race différente dans les Etats où la « *miscegenation* » est prohibée, les mariages auxquels a manqué le consentement (selon la jurisprudence la plus en faveur) et le mariage des enfants de moins de 7 ans. Les deux premiers cas s'expliquent par le caractère odieux de ces mariages. L'absence de consentement présente une situation plus grave que s'il y avait simplement des vices de consentement. Elle suppose que les pseudo-époux sont des aliénés ou des personnes qui étaient ivres au point de ne plus savoir ce qu'elles faisaient. Dans ce cas, la jurisprudence se prononce en général en faveur de la nullité absolue (1). Quant aux mariages des enfants de moins de 7 ans, la jurisprudence actuelle, comme le *common law*, les a toujours déclarés nuls de plein droit.



Dans la catégorie des mariages annulables par les parties nous trouvons comme le plus caractéristique le mariage des personnes entre l'âge de 7 ans et un autre âge, fixé par le *common law* d'Angleterre à 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles, et fixé par la loi des divers Etats le plus généralement à 16 ou à 18 ans pour les garçons et à 14 ou à 16 ans pour les filles. Ce mariage est annulable par la personne impubère quand

(1) Il y a quelques décisions en sens contraire. Tiffany, p. 56.

elle arrive à la limite supérieure de cette période. L'autre époux, à moins qu'il ne soit également impubère, ne peut pas annuler. Point n'est besoin d'une action en justice. L'époux devenu pubère n'a qu'à abandonner son conjoint (1). Si le mariage a été inscrit dans les registres de l'Etat — ce qui est vrai pour tous les mariages sauf ceux de *common law* — il n'est même pas nécessaire de faire rayer cette inscription. L'annulation résulte d'un simple fait — les époux ont traité le mariage comme nul. Il faut tout de même qu'ils quittent la vie commune. Si après la période d'impuberté les époux restent ensemble, le mariage se trouve ratifié par ce seul fait, et il n'y a plus rien à faire pour y mettre fin en dehors de la mort ou du divorce.

L'annulation du mariage par les parties dans ce cas est une doctrine du *common law*, mais presque tous les Etats l'ont adoptée comme la leur (2).



Cette doctrine est certainement très critiquable. Le fait dont on peut déduire l'annulation n'est pas toujours très net. Que décider si l'époux, sorti de l'impuberté, quitte le foyer tout en affirmant qu'il reste époux, ou encore en ne disant rien. Il est plus commun en Amérique qu'en France pour des époux de s'éloigner l'un de l'autre pour des raisons d'affaires ou simplement pour s'offrir une petite cure de célibat. Faut-il refuser cette

(1) *Shafher c. The State*, 20 Ohio 1. 1851, McCurdy, p. 183.

(2) Vernier, p. 118. Cependant dans un petit nombre d'Etats cette doctrine a été repoussée. On peut citer comme exemples les Etats de Alabama, Illinois, Massachusetts, Nébraska, New-York, Louisiane, McCurdy, p. 192, note 3.

faculté aux jeunes époux pendant un certain temps après l'impuberté ? Si oui, quel est ce temps, quelques jours ou quelques mois ? Le droit américain n'a pas de réponse exacte à donner. Il y a forcément une période pendant laquelle il est difficile de dire si les parties sont mariées ou non. Si l'époux, devenu pubère, se marie avec un tiers immédiatement après avoir quitté son premier conjoint, est-il bigame ? Evidemment non, mais les inscriptions du bureau de l'état civil sont là pour dire le contraire. Contre cette preuve écrite l'accusé doit se disculper en démontrant l'annulation de son premier mariage par l'abandon du foyer — preuve possible mais basée quelquefois sur des circonstances assez équivoques.

*
* *

Dans la catégorie des mariages annulables par les parties nous trouvons également les mariages dans lesquels le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Seule la victime peut annuler. L'auteur d'un de ces vices n'a pas à se plaindre si son conjoint veut bien lui pardonner et continuer la vie commune.

L'annulation se fait ici comme dans le cas d'impuberté par le simple abandon du foyer. La continuation de la vie commune après la découverte du vice de consentement aurait pour effet de ratifier le mariage (1).

*
* *

(1) Peck, p. 153. Schwartz c. Schwartz, 29 Illinois App. 516, Tiffany, p. 16, note 54.

Toutes les critiques que nous avons adressées au principe de l'annulation par l'époux devenu pubère s'appliquent ici. A vrai dire, la situation est encore plus équivoque. L'arrivée à la limite supérieure de la période d'impuberté se trouve définitivement fixée à un jour certain. Donc le point de départ des actes sur lesquels se basera l'annulation est un jour fixe. Il n'en est pas de même ici. Quant au dol, par exemple, d'abord la gravité de la déception qui justifierait une annulation de ce chef reste toujours incertaine ; ensuite la victime de dol n'arrivera peut-être que petit à petit à y voir clair, à coudre ensemble les diverses pièces et morceaux qui conduisent au dénouement de l'intrigue. Dans tous les cas, sauf les plus flagrants, il faut accorder à la victime un peu de temps pour réfléchir, ce qui augmente l'incertitude.

La jurisprudence révèle bien des cas de cette nature. Dans un cas (1) une femme avant le mariage se faisait passer pour vertueuse. Après le mariage, elle a commencé à être infidèle. Mais il a fallu du temps au mari pour se rendre compte que sa femme ne faisait autre chose que continuer sa vie précédente et qu'il avait épousé une femme de mœurs légères. Dans un autre cas (2), un mari a passé 17 mois avec sa femme, qu'avant le mariage il croyait saine, avant de découvrir qu'elle était atteinte de blennorrhagie à l'état chronique.

L'acte initial de violence peut se prolonger par des

(1) *Entsminger v. Entsminger*, 99 Kansas 562, 161 Pac. 609, Tiffany, p. 16.

(2) *C... v. C...*, 158 Wis. 301, 148 N. W. 865, 5 A. L. R. 1013, Tiffany, p. 16.

menaces, et il est difficile de fixer le moment précis où le conjoint lésé recouvre son libre arbitre.

L'incertitude à cause de l'erreur ne peut guère durer si ce n'est dans les pièces de théâtre (1) et dès que l'erreur est découverte il faut que la victime prenne une décision.

Bien que les parties, ou l'une d'elles, aient le droit d'annuler le mariage dans les deux cas d'impuberté et de vices de consentement, il ne faut pas oublier qu'elles ont le droit aussi de demander à la justice de constater cette nullité. Quoique cette demande soit purement facultative, le bon sens la recommande et les tribunaux sont souvent appelés à se prononcer dans de tels cas.

Le nombre de mariages nuls, pour quelque cause que ce soit, n'est pas grand, ce qui démontre que les Américains s'arrangent d'une façon ou d'une autre pour ne pas tomber trop souvent sous le coup de cette sanction rigoureuse. Cet état de choses résulte, à notre avis, moins de la sévérité de la sanction que du bon sens qui a inspiré ces diverses prohibitions. Le droit américain a ouvert largement la porte aux mariages, peut-être trop largement, et les prohibitions existantes reçoivent le plus généralement l'entière approbation du public.



La nullité du mariage en droit américain a pour effet, en thèse générale, de remettre les intéressés dans la même situation que s'il n'y avait pas eu mariage. Dans le passé, la vie commune fut entre concubins. Selon le *common law*, les enfants sont illégitimes. Mais on sait

(1) Voir Pirandello, *Comme tu me veux*.

que le droit américain connaît la théorie du mariage putatif (1). Seulement on trouvera rarement l'expression « *putative marriage* » dans la jurisprudence américaine. Son emploi n'est pas fréquent parce qu'on s'est rarement préoccupé de rassembler les divers éléments en vue d'établir une théorie générale (2). Mais si on cherche tous ces éléments l'un après l'autre on découvre que le mariage putatif existe, en partie au moins, presque partout en Amérique. Par exemple, quant à la rétroactivité des effets de la nullité à l'égard des enfants, on trouve une loi dans 23 Etats énonçant le principe que les enfants de tous les mariages déclarés nuls sont néanmoins légitimes, quand bien même les parents n'auraient pas été de bonne foi (2). Dans 13 autres Etats cet effet ne se produit que dans les cas de mariages annulés pour certaines causes telles que l'absence de consentement, les vices du consentement, l'impuberté ou la consanguinité. Seul, l'Etat de New-Hampshire semble exiger la bonne foi dans tous les cas. Dans 14 Etats la bonne foi des époux d'un mariage annulé est exigée pour rendre les enfants légitimes si le mariage a été entaché de bigamie.

En sens contraire, il y a un petit nombre d'Etats dans lesquels la loi déclare affirmativement que les enfants

(1) Voir *supra*, chapitre sur *Le Mariage dit de « Common Law »*, p. 265.

(2) C'est probablement cette circonstance qui a pu faire croire à certains auteurs français que le mariage putatif n'existe pas en Amérique. Voir notamment dans ce sens, Gilbert (R.), *Des Causes de Nullité qui sont en même temps des Causes de Divorce*, Paris, p. 64.

(3) Vernier, p. 230 dans un chapitre intitulé *Issue of Prohibited Marriages*.

seront illégitimes dans certains cas de mariages annulés — notamment pour bigamie (3 Etats), pour « *miscegenation* » (3 Etats) et pour consanguinité (8 Etats) (1).

Sur le terrain successoral, des lois nombreuses ont donné à un époux, bien que le mariage ait été déclaré nul, les mêmes droits que si le mariage était valable. C'est là une application de la théorie du mariage putatif. Entrer dans les détails nous conduirait trop loin. Il suffit de noter que, dans le domaine des biens, les divers effets de la théorie du mariage putatif en droit français se retrouvent très fréquemment dans la législation américaine (2).

★ ★

En plus de la nullité du mariage, il y a une autre sanction civile qui peut frapper un époux. C'est l'action en dommages-intérêts à l'encontre de celui qui aurait, par dol, induit l'autre dans les liens d'un mariage nul ou annulable (*action for deceit for fraudulently inducing marriage*). Ces actions sont très rares en pratique, mais elles sont toujours possibles. Cette action n'est pas spéciale au mariage ; elle est possible dans tous les cas produisant un dommage dans quelque domaine que ce soit. Dans le cas de *Larson c. McMillan* (3) nous trouvons ce principe appliqué à l'encontre d'un homme marié

(1) Vernier, p. 231.

(2) Voir par exemple sur ce sujet des notes dans 24 Illinois Law Review 350, 43 Harvard Law Review 1161, 5 Alabama Law Journal 237. Beale, *Marriage and the Domicil*, 44 H. L. R. 507.

(3) 99 Wash. 626, 170 Pac. 324, cité dans 38 C. J. 1362. Voir aussi *Blosom c. Barrett*, 37 N. Y. 434 (1868), cité dans 41 H. L. R. 106.

qui avait épousé une seconde femme en se disant libre (1).

★ ★

Cette sanction peut frapper un tiers aussi bien que l'un des époux. Dans le cas de *Kujek c. Goldman* (2), le défendeur a dû payer des dommages-intérêts à un individu qu'il a poussé à épouser une femme qu'il prétendait vertueuse alors qu'en fait elle était enceinte de lui, le défendeur.

★ ★

Il ne nous reste plus qu'à noter un cas dans lequel la sanction est insuffisante. Il concerne le mariage des mineurs sans consentement des parents. Ce mariage n'est jamais nul de plein droit (3). Il n'est même pas universellement admis que ceux, dont le consentement est requis, puissent en demander la nullité (4). En tout cas la possibilité qu'un enfant naisse de l'union complique la

(1) Voir aussi *Batty c. Green*, 206 Mass. 561 (1910), 92 N. E. 715, cité dans *McCurdy*, p. 278, note.

(2) 150 N. Y. 176, 44 N. E. 773, 34 L. R. A. 156, cité dans 38 C. J. 1362.

(3) *Vernier*, p. 120.

(4) La loi néglige souvent d'indiquer la sanction et les tribunaux hésitent dans ces cas. Voir note dans *Clunet*, 1913, p. 663 concernant le cas de *Cunningham c. Cunningham* (New-York, 1912), 45 *Chicago Legal News* 164 où le tribunal n'a pas annulé le mariage à la demande des parents dans un cas où les parties, pour échapper aux règlements de l'Etat de leur domicile exigeant le consentement des parents, étaient allées se marier dans un autre Etat. Voir aussi *Kahn, Principes de Droit Anglo-Américain*, p. 172. *Vernier* (p. 188), dit que si les parties réussissent à se marier sans le consentement des parents leur mariage est parfaitement valable.

situation et empêche les parents d'agir. Pratiquement, dans la plupart des cas, la seule sanction est une amende imposée aux fonctionnaires chargés par la loi de veiller à ce que le mariage n'ait pas lieu sans ce consentement. Dans certains Etats, ceux dont le consentement est exigé peuvent poursuivre en leur nom personnel ledit fonctionnaire pour le recouvrement de cette amende. Ce n'est plus là une véritable amende, ce sont des dommages-intérêts forfaitairement alloués par la loi. Dans d'autres Etats l'amende ne peut être recouvrée que par l'Etat lui-même.

Les moyens de défense du fonctionnaire contre cette action diffèrent selon les Etats. En général, il peut se couvrir en faisant la preuve que le mineur a prêté serment concernant son âge et que lui-même a agi de bonne foi (1). C'est là une porte ouverte pour tous les mineurs qui sont prêts à se parjurer. Dans quelques Etats la bonne foi du fonctionnaire n'importe pas et il est responsable d'une façon absolue. Dans d'autres Etats encore le fonctionnaire se disculpe en prouvant qu'il a fait une enquête raisonnable et suffisante, c'est-à-dire telle que les circonstances l'exigent (*reasonable inquiry*).

Les sanctions concernant le consentement des parents, hormis le cas de responsabilité absolue du fonctionnaire, ne sont pas très efficaces. Leur efficacité est encore notablement réduite par le principe du conflit des lois (que nous allons étudier plus loin), selon lequel il n'est pas nécessaire de se marier dans l'Etat de son domicile. Dans ces circonstances un mineur désireux d'échapper au contrôle des parents va dans un autre Etat où les

(1) 38 C. J. 1308.

sanctions sont moins sévères. Quand le mineur approche de l'âge de la majorité matrimoniale, il ne lui est pas difficile de tromper le fonctionnaire, en se parjurant. S'il est encore trop jeune il peut, grâce à l'absence de carte d'identité, substituer des étrangers à ses parents, ou il peut remplacer leur consentement écrit par un faux (1). Il n'est pas étonnant que Richmond et Hall se plaignent que dans beaucoup de cas le consentement des parents vienne, par la force de ces circonstances, *après* le mariage et non avant.

(1) Richmond et Hall, p. 53.

Bibliographie

BRYCE (James). — *Marriage and Divorce under Roman and English Law*, Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. III, Boston, Little Brown and C°, 1907.

FESSENDER. — *Nullity of Marriage*, 13 H. L. R. 110-121, 1899.

SMITH (T. E.). — *A Summary of the Law and Practice in the Ecclesiastical Courts*, 7° Edition, Londres, 1920.

STEVENSON (Marietta). — *Analysis and Tabular Summary of State Laws Relating to Illegitimacy in the United States in Effect January 1, 1928, and the Text of Selected Laws*, U. S. Department of Labor, Children's Bureau, Chart N° 16, 1929.

EVANS. — *Property Interests Arising from Quasi-contractual Marital Relations*, 9 Cornell Law Quarterly 246, 1924.

PURRINGTON (W. A.). — *Of Matrimonial Actions as Equity Suits and of the Pleadings therein*. 9 Col. L. R. 321, 1909.

— *Jurisdiction of Equity to Annul Marriages in the United States*, 24 Col. L. R. 96, 1924.

— *Legitimacy and Marriage historically considered*,
16 H. L. R. 22-42.

— *The Ecclesiastical Courts and their Jurisdiction*,
Select Essays in Anglo-American Legal History,
Boston, Little Brown and C°, 1907.

Notes. — *Operation and Effect of Annulment*, 15 Iowa
Law Review 107, 1929 ; 43 H. L. R. 109, 1919 ;
39 Yale L. Jour. 133, 1929 ; 29 Col. L. R. 1010,
1929 ; 14 Minn. L. R. 93, 1929.

QUATRIÈME PARTIE

Le Conflit des Lois

L'expression « droit international privé » est employée par la plupart des auteurs européens (1) pour désigner trois matières : la nationalité, la condition des étrangers et le conflit des lois. Nous ne traiterons ici ni de la nationalité ni de la condition des étrangers, et ainsi nous nous en tiendrons à la question de conflit des lois.

L'expression « conflit des lois », bien que consacrée par l'usage pour désigner la matière que nous allons traiter maintenant, n'est pas heureuse. En premier lieu,

(1) Le terme « droit international privé » a été proposé il y a un siècle par l'Américain Story, mais les auteurs américains ne l'emploient plus guère aujourd'hui. En Amérique on s'occupe de la nationalité dans les traités de droit international public. Quant à la condition des étrangers, le droit américain ignore le principe de l'article 11 du Code civil français. En droit américain, l'étranger jouit en général des mêmes droits que le citoyen. Exceptionnellement l'étranger n'a pas, dans la plupart des Etats, le droit de vote, et certaines carrières publiques, comme celle d'avocat et de magistrat, lui sont fermées. La plupart des exceptions sont nées de la vague de nationalisme d'après-guerre. Ce sujet, très restreint, est exposé d'habitude en Amérique en quelques paragraphes dans les traités des personnes.

il est rare que deux lois viennent en conflit. En général, le soi-disant conflit résulte d'une fausse interprétation de l'étendue de l'une ou de l'autre des deux lois en présence. Ce conflit étant plus apparent que réel disparaît par une juste interprétation des deux lois. En second lieu, cette expression ne comprend pas le conflit de compétences juridictionnelles qui est pourtant en cause.

Malgré ces objections, il ne faut pas songer à changer, à l'heure actuelle, une expression que l'on a employée depuis un siècle.

Dans cette partie de notre thèse nous ne traiterons que des conflits des lois relatifs au mariage, en essayant toutefois de rattacher les solutions particulières aux principes généraux. Vouloir donner une vue d'ensemble du sujet nous conduirait trop loin ; pour cela, il faut avoir recours aux auteurs américains ou à l'excellent livre français de Wigny sur le *Droit International Privé américain*.

Dans un premier chapitre consacré aux questions préliminaires nous indiquerons quelques éléments de l'ambiance du sujet — ses difficultés, sa littérature — la question de son caractère national ou international, l'influence de la Constitution des Etats-Unis sur ce sujet.

Nous consacrons un deuxième chapitre à la conception américaine du domicile, un troisième chapitre à la question de savoir quelle est la loi applicable pour résoudre les divers problèmes du mariage, et un quatrième chapitre au conflit des compétences juridictionnelles. Enfin, dans un cinquième chapitre nous présenterons une critique du système américain des conflits des lois en ce qui concerne le mariage.

CHAPITRE PREMIER

Questions préliminaires

Difficultés du sujet pour le juriste français, p. 313 ; — *La littérature du sujet*, p. 315 ; — *Caractère national ou international des règles du conflit des lois*, p. 317 ; — *Importance de la coutume internationale*, p. 318 ; — *Importance des conventions internationales*, p. 322 ; — *Caractère international ou interprovincial des règles du conflit des lois*, p. 326.

Le sujet du conflit des lois a la réputation tant en Amérique qu'en Europe d'être des plus difficiles et des plus obscurs. Quand on l'étudie sur le plan du droit comparé, viennent alors s'ajouter aux difficultés inhérentes au sujet les incertitudes de traduction et les possibilités de fausses interprétations.

Dans cette matière comme dans les autres sujets que nous avons étudiés, le droit américain s'entoure d'une atmosphère étrange difficile à comprendre pour l'esprit européen (1). Le droit américain n'a pas, autant que le droit français, reçu la discipline du droit romain et subi l'influence de toutes les écoles historiques depuis

(1) Wigny (p. 4) dit « Les Anglo-Saxons cherchent à résoudre les difficultés qui ne nous arrêtent pas ; inversement nous posons des questions qu'ils ignorent.

les post-glossateurs jusqu'aux temps modernes. Ainsi, toute la notion du caractère personnel, réel ou mixte des statuts ayant été repoussée par Story, il y a un siècle, est aujourd'hui ignorée par les juristes américains.

Il en est de même du conflit des qualifications, tout au moins sous ce titre. Les Américains discutent, bien entendu, le problème posé par cette théorie, mais toujours (1) sous des rubriques qui sembleraient bien étranges au juriste continental, comme *meaning of terms, substance and procedure, classification, interpretation, etc...*

Le juriste français peut aussi être facilement dérouté en lisant la jurisprudence. Les juges américains ont trop l'habitude de discuter à perte de vue des théories et des principes qui sont suggérés par le litige en question, qui n'ont pas de rapport direct avec ce litige. Plus qu'en aucun sujet il est important d'établir la distinction entre la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum*, dont nous avons indiqué les traits généraux plus haut (2). Ceci est si vrai que les encyclopédies courantes, qui mélangent indistinctement ces deux éléments de la jurisprudence, sont de peu d'utilité même pour le juriste américain, et constituent plutôt un piège qu'une source de renseignements précis pour le juriste étranger.

*
* *

(1) Il y a une seule exception. Le Professeur Lorenzen a écrit un article intitulé, *Theory of Qualifications and the Conflicts of Law*, 1920, 20 Col. L. R. 247, et 265.

(2) Dans le chapitre sur *Le Mariage dit de « Common Law »*, p. 254.

Notre sujet s'est développé assez tard dans le droit américain. Si on remonte à plus d'un siècle en arrière, les Etats-Unis avaient peu de rapports avec l'étranger, et même les divers Etats avaient peu de rapports les uns avec les autres en comparaison d'aujourd'hui. Mais à la fin du xix^e siècle et au xx^e siècle, les problèmes des conflits des lois ont surgi en grand nombre. En même temps la littérature du sujet, la jurisprudence comme la doctrine, a beaucoup augmenté.

La jurisprudence sur ce sujet est aujourd'hui volumineuse. Dans notre siècle, il y a eu une évolution importante et pour se rendre compte de son état actuel il faut étudier les arrêts les plus récents.

La doctrine représente, pour le juriste étranger tout au moins, la source la plus exacte et la plus fertile. Parmi les auteurs les plus importants, il faut citer Story, Beale, Lorenzen et Goodrich. Story avait publié son livre sur le Conflit des Lois en 1834. Bien que ce livre ait encore une réelle valeur, il ne faut pas supposer qu'il représente l'état actuel du sujet.

Le doyen des auteurs vivants est le professeur Beale, de Harvard. Il a contribué plus que tout autre en Amérique à mettre de l'ordre et de la clarté dans le conflit des lois (1). En dehors du traité qu'il a publié en 1916, M. Beale a écrit beaucoup d'articles dans les *Law Reviews* des diverses universités. Plus récemment nous lui sommes redevables d'une grande partie du « *Restatement* » du Conflit des Lois (2). Ce *restatement* résulte de

(1) « M. Beale est amoureux des lignes pures de la logique. Les qualités d'analyse et de clarté de son œuvre sont incomparables ». Wigny, p. 5.

(2) Ce travail entrepris par *The American Law Institute*, 3.409

la collaboration d'un certain nombre de professeurs de droit, de juges et d'avocats les plus éminents. Après des années d'études et de discussions, ils ont pu se mettre d'accord sur une énumération de principes sous la forme d'articles numérotés comme dans un code, avec un bref commentaire explicatif pour chaque article. L'objet en est de suggérer ces principes aux juges et ainsi d'uniformiser le droit positif par la voie de la jurisprudence. *Ce n'est pas un code et les auteurs ne le présentent pas comme un projet de loi destiné à être soumis aux assemblées législatives des Etats* (1).

Des autres auteurs que nous avons cités, Lorenzen, professeur à l'Université de Yale, a écrit de nombreux articles dans les revues juridiques publiées par les Universités de Yale, de Harvard, de Colombia, etc., et un article général sur ce sujet dans le *Répertoire de Droit International* (2). Goodrich, Doyen de la Faculté de Droit à l'Université de Pensylvanie, a écrit un excellent manuel sur ce sujet en 1927.

Sans oublier, dès 1901, un excellent manuel pratique de Minor, il existe aussi de nombreux articles écrits

Chestnut Street, Philadelphia, Pensylvanie, n'est pas encore achevé. Nous citerons toujours sous le simple nom de « Restatement », le *Proposed Final Draft No. I of the Restatement of the Law of Conflict of Laws*, publié le 10 mars 1930. Il n'y a pas de *Draft* plus récent à l'heure actuelle. Voir Elihu Root, *The Origin of the Restatement of the Law* dans *The Docket* de janvier 1933, p. 3575, publié par West Publishing Co, St-Paul, Minnesota.

(1) Il existe des restatements de droit américain en matière de biens, en matière des contrats, en matière des délits civils, en matière du mandat. Aucun de ces restatements ne se présente comme projet de loi.

(2) Traduit par Goulé dans le tome VI. Pour une appréciation de Lorenzen, voir Wigny, p. 83.

par différents professeurs dans les revues de droit que le lecteur trouvera dans les notes des pages suivantes. Ces revues constituent une documentation précieuse, car généralement, elles sont exemptes des bizarreries et des contradictions que révèlent la jurisprudence et les encyclopédies.

*
* *

Nous abordons maintenant la question de savoir si les règles des conflits des lois ont un caractère national ou international.

A ce sujet, il convient de faire une remarque préliminaire sur quoi porte la discussion. Ce n'est pas sur le caractère que présente le *conflit* des lois, car le conflit quand il existe est évidemment international — par hypothèse deux lois de deux pays souverains sont en conflit. Il s'agit, au contraire, de déterminer si les règles de droit adoptées en vue de la solution du conflit ont un caractère national ou international.

D'autre part, il sera bon de préciser dès maintenant ce qu'on entend par « caractère national ». Par exemple, M. Bartin soutient que le droit international privé a un caractère national. Et selon lui seule une autorité supérieure aux législations nationales peut donner à cette partie du droit un caractère vraiment international (1). Il est certain que jusqu'ici l'organisation de la communauté internationale n'est pas arrivée au point où on peut parler d'une « autorité supérieure » qui impose sa volonté aux nations particulières. Dans la matière du conflit des lois « chacun peut résoudre le

(1) Bartin, *Principes*, t. I, p. 75-76.

conflit à sa guise. Aucun n'est supérieur à l'autre et ne peut lui donner d'instruction » (1). Et certes, à s'en tenir à ce sens strict de l'expression « caractère international », les règles du conflit des lois n'ont pas ce caractère.

Mais on emploie souvent l'expression dans un autre sens. On dit que les règles du conflit des lois ont un caractère international parce que parmi leurs sources on trouve des éléments internationaux, comme la coutume internationale et les conventions internationales (1). On qualifie le droit international privé d'*international* comme on qualifie la société à Paris d'*internationale*, en raison des éléments qui le composent. Cette partie du droit serait donc à la fois internationale et nationale, et il s'agit d'apprécier l'importance respective de chacune de ces sources. Bien que les sources internationales des solutions du conflit de lois soient déterminées par la volonté propre de chaque nation, et bien qu'elles ne lui soient pas imposées par une autorité supérieure, elles jouent en fait un certain rôle qu'il n'est pas permis de négliger.



Quelle est l'importance de ces sources internationales ?

La coutume internationale : Qu'il s'agisse du conflit des lois entre les différents pays latins entre eux, ou du conflit des lois entre pays anglo-saxons entre eux, la

(1) De Lapradelle et Niboyet, *Répertoire de Droit International*, 1930, t. VI, p. 2.

(2) Les auteurs américains aussi bien que les auteurs français reconnaissent ces éléments comme des sources : Beale, *Treatise*, 1916, p. 10 ; Goodrich, p. 10.

place qui revient à la coutume internationale, en tant que source de droit, est assez grande. Mais sa portée est beaucoup plus restreinte quand il s'agit d'un côté des pays latins et de l'autre des pays anglo-saxons. Certes, l'on constate l'existence de principes identiques dans ces deux groupes de pays, mais leur existence, le plus souvent, résulte non pas d'une coutume internationale, mais simplement du fait que chaque principe en question est le seul en conformité avec la justice. En particulier en France et en Amérique les juges rendent leurs arrêts, la plupart du temps, en ignorant complètement qu'un même principe a cours de l'autre côté de l'Océan.

Un des éléments de la coutume internationale commun à la France et aux Etats-Unis consiste dans les influences historiques communes. Story, il y a un siècle, a subi à un certain degré l'influence de l'école hollandaise, et à un certain degré l'influence de l'école française (notamment l'influence de Boullenois). En conséquence, il a formulé la théorie de la courtoisie internationale. Cette théorie était en faveur chez les auteurs américains pendant presque tout le xix^e siècle. On la trouve encore dans Minor qui a écrit en 1901. Mais des auteurs du xx^e siècle nous n'en connaissons aucun qui accepte cette théorie. Tous, au contraire, la rejettent nettement (1). On remarque le même revirement dans la jurisprudence, quoique moins absolu. Les grands juges, ceux dont les opinions déterminent le courant de la

(1) Goodrich, p. 7 ; Beale, *Treatise*, p. 51 ; Arthur K. Kuhn, 12 Col. L. R. 44. L'article 6 du « *Restatement* » nous dit en termes propres que la courtoisie n'est pas à la base de l'application d'une loi étrangère.

jurisprudence, ont abandonné la théorie de la courtoisie. D'autres parlent encore de courtoisie, mais vaguement, rendant ainsi hommage du bout des lèvres à la vieille théorie, bien que leur raison leur dise le contraire. Les quelques auteurs français (1) qui pensent que la courtoisie est encore en faveur en Amérique n'ont pas encore tenu assez compte des développements les plus récents de la doctrine et de la jurisprudence. Ils ont pu être induits en erreur par les encyclopédies, telles que *Corpus Juris* et *Ruling Case Law*. Mais ces encyclopédies cherchent à décrire *toute* la jurisprudence. En effet, si on comptait toutes les décisions judiciaires, on constaterait que les trois quarts sont basées sur la courtoisie, mais il faut noter que de telles décisions la plupart se placent dans le siècle dernier.

La théorie de la courtoisie internationale a été en faveur en France dans l'ancien régime, mais elle a été déplacée par d'autres théories, et aujourd'hui elle est complètement discréditée. Tout ce qu'on peut dire donc est que la France et l'Amérique ont, toutes les deux, passé par une expérience commune. Comme un élément de la coutume internationale, la portée de cette expérience n'est pas grande.

Les maximes et les citations latines communes aux deux pays constituent un autre élément de la coutume internationale. Si on feuillette un recueil des maximes et expressions latines, qui ont cours en France, comme par exemple celui de Jouanneau, on trouve en effet un certain nombre de maximes qui sont en usage en Améri-

(1) Notamment Surville, *Cours Élémentaire*, n° 23, 1925 et Valéry, *Manuel*, n° 38, 1914.

que. Mais un grand nombre de celles-ci sont de simples termes, comme *lex fori*, *lex loci contractus*, *lex rei sitae*, qui n'énoncent pas de principe et qui sont par conséquent sans valeur unificatrice. Il y a très peu de maximes véritables énonçant des principes suivis dans les deux pays, et quand on en trouve ils n'y ont pas toujours le même sens. En France, on emploie par exemple la maxime *locus regit actum*, ce qui veut dire pour les juristes français que le lieu détermine la forme de l'acte (*l'instrumentum*) ; ce principe est admis en droit américain, mais pour l'exprimer les Américains n'emploient guère la maxime *locus regit actum*. Bien que ce sens soit parfois admis, le plus souvent ce mot *actus* est pris dans son sens latin original, comme l'équivalent de fait, mouvement, action (1). La maxime devient alors pour le juriste américain l'expression de la théorie de la territorialité des lois.

En résumé, nous concluons que la coutume internationale commune à la France et à l'Amérique se réduit à peu de choses. La communauté des principes est plus accidentelle que consciente et les maximes et expressions latines tantôt présentent peu d'importance, tantôt peuvent prêter à des erreurs d'interprétation.

(1) Dans 38 C. J. 136 on trouve « *The place controls the act* » et dans ce sens la maxime a été appliquée dans *In re Paul*, 165 N. Y. Supp. 413. En France, M. Weiss avait observé il y a longtemps que cette formule pouvait prêter à confusion, car le mot *actus* désigne aussi bien le fait juridique lui-même *quod gestum est* que la forme, l'*instrumentum* ; et il a proposé qu'on emploie la formule *locus actum regit instrumentum ejus*. Weiss, *Traité*, 1898, t. III, p. 98, note 3. Voir aussi Orescu (Alex. C.), *Le Mariage quant aux Conditions Intrinsèques et aux Formalités Extérieures en Droit International Privé*, Paris, thèse, 1908, p. 369, et *Clunet*, 1881, p. 464.



En ce qui concerne les conventions internationales en matière de conflits de lois, on sait qu'il en existe entre différents pays, mais il n'y en a pas à l'heure actuelle entre la France et l'Amérique.

On conçoit l'intérêt qu'il y a pour les différentes nations à se mettre d'accord sur les principes destinés à résoudre le conflit des lois. Mais jusqu'ici tous les efforts pour entraîner les Etats-Unis dans la voie des conventions internationales, non seulement avec la France, mais aussi avec les autres pays, ont échoué. Une première conférence a été tenue à Montevideo en 1889, suivie de conférences successives à La Haye en 1893, 1894, 1900 et 1904. A aucune de ces conférences les Etats-Unis n'étaient même représentés.

Enfin, la sixième conférence panaméricaine tenue à La Havane en 1927 a rédigé le Code Bustamante de droit international privé. A cette conférence les Etats-Unis étaient représentés, mais ses représentants n'ont pas signé le Code. A ce sujet, les délégués américains firent la déclaration suivante : « La délégation des Etats-
« Unis regrette beaucoup de ne pouvoir approuver, *dès*
« *maintenant* le code du Dr Bustamante, mais étant
« donné la constitution des Etats-Unis d'Amérique, les
« relations des Etats membres de l'Union fédérale et les
« attributions et pouvoir du gouvernement fédéral, cela
« leur est rendu difficile. Le gouvernement des Etats-
« Unis d'Amérique conserve fermement l'idée de ne
« pas se désunir de l'Amérique latine. Pour cela, confor-
« mément à l'article 6 de la convention, qui permet à
« chaque gouvernement de donner plus tard son adhé-

« sion, il fera usage du privilège donné par cet article,
« pour, après avoir examiné soigneusement le Code
« dans toutes ses dispositions, *pouvoir adhérer pour le*
« *moins à une grande partie de celui-ci*. Pour ces rai-
« sons la délégation des Etats-Unis d'Amérique réserve
« son vote dans l'espoir d'adhérer en partie ou à une
« partie considérable de ces dispositions » (1).

La délégation américaine s'est donc dérobée derrière une disposition de la Constitution des Etats-Unis. Nous ne voulons pas croire que ce fût la véritable raison. C'est plutôt que le Code Bustamante renferme des conceptions et des principes qui, non seulement, sont en désaccord avec les principes de conflit des lois admis couramment aux Etats-Unis, mais seraient même regardés par leurs juristes comme des curiosités aussi étranges que les principes d'une religion orientale. En effet, l'article 3 du Code Bustamante divise les lois en trois catégories : personnelles, territoriales et volontaires. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin pour voir quel

(1) Bustamante, *Le Code de Droit International Privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, traduit par Paul Goulé, Paris, Sirey, 1929, p. 49.

Dans une lettre adressée à l'auteur en 1934 le conseiller de l'Union Panaméricaine a dit qu'il n'est pas probable que les Etats-Unis donnent leur adhésion au Code Bustamante.

Le Code Bustamante ne semble pas avoir suscité de discussion dans la littérature juridique des Etats-Unis. Nous n'en trouvons aucune mention depuis 1927 dans les *law reviews* des universités de Harvard, Yale, Columbia, Illinois, Minnesota. Cette constatation exprime éloquemment le peu d'effet que ce Code a eu sur la doctrine américaine.

Il semble, par ailleurs, que les Etats-Unis n'aient pas pris au sérieux la conclusion d'un traité sur ce sujet, car parmi les 9 délégués envoyés à La Havane il n'y avait aucun spécialiste dans la matière du conflit des lois.

bouleversement serait opéré dans le droit américain par ce Code. L'Amérique n'a jamais senti l'influence de l'école statutaire, et cette division des lois en personnelles, territoriales et volontaires représente pour elle une conception tout à fait étrange et inconnue. Telle est la véritable raison du refus d'adhésion des Etats-Unis (1).

Les Etats-Unis, avons-nous dit, n'ont pas suivi la voie des conventions internationales ; l'espoir de les voir conclure des conventions dans l'avenir est bien lointain. On leur reproche un esprit traditionaliste selon lequel le conflit des lois n'est qu'un aspect du droit national (2). C'est vrai, mais il existe aussi d'autres difficultés. Par exemple, les nations européennes sont d'accord pour accepter la loi de la nationalité comme base des droits personnels, et elles demandent à l'Amérique d'accepter ce principe. La difficulté vient du fait qu'il n'y a pas de loi nationale américaine ; il y en a 48, la loi fédérale ne réglementant qu'un petit nombre de matières. On suppose aussi que la loi nationale est juste pour tous les nationaux parce que ceux-ci, ayant vécu dans un même milieu social et sous un même climat, sont tous, à peu près, au même niveau de développement. Mais là encore

(1) « Le problème devient plus grave et presque insoluble, quand
« on entend comprendre dans cette œuvre unificatrice la législation si
« compliquée, si vaste et si différemment spécialisée des Etats-Unis
« d'Amérique, comme semble prétendre les partisans d'un panaméricanisme à outrance...

« ...Comment peut se réaliser l'unification entre l'Amérique latine
« et les Etats-Unis, qui sont déjà par eux-mêmes si différents et divergents aux points de vue politique, économique, social ? » Consentini, Francesco, *Le Droit de Famille, Essai de Réforme*, p. 40.

(2) Octavio (Rodrigo) dans 25, *Revue de Droit International Privé* p. 633, 1950.

l'hypothèse ne tient pas pour l'Amérique. Le climat de la Floride et le climat de l'Idaho sont aussi différents l'un de l'autre que le sont les climats du Maroc et de la Norvège.

Pour conclure sur l'importance des éléments internationaux dans la matière du conflit des lois, il est certain que ces éléments ont une grande importance entre nations qui ont subi une même culture, comme les nations latines ou comme les pays anglo-saxons. Mais les éléments internationaux communs à la France et à l'Amérique sont peu nombreux et il est probable que l'on attendra longtemps avant que ces deux nations puissent voir cette matière avec les mêmes yeux.

Si, dans quelques cas assez rares, une coutume internationale commune aux pays anglo-saxons et à l'Europe peut créer une influence morale à défaut de règle de droit positif, il n'en est pas de même dans la plupart des cas. La portée de cette coutume est toujours morale et jamais obligatoire. Ce que dit Lorenzen (1) est typique du point de vue des auteurs américains :
« Il est certain que dans les pays anglo-américains, où
« leur droit n'est pas contenu dans des Codes, mais
« que l'on trouve le plus souvent dans les décisions de
« leurs tribunaux, la base légale des règles de conflits
« des lois est exactement la même que celle des autres
« règles de droit. Naturellement, le droit anglo-améri-
« cain ne reconnaît pas que les règles de conflits des
« lois sont imposées par un système de droit interna-
« tional. Elles font partie du droit local et sont adoptées

(1) Dans le *Répertoire de Droit International* de La Pradelle et Niboyet, t. VI, p. 282, traduit par Goulé,

« substantiellement de la même manière que les autres
 « règles qui ne comportent par d'éléments étrangers.
 « Elles ne sont pas considérées comme imposées par
 « une autorité supérieure. Les règles de conflits des
 « lois sont dictées par des considérations de justice et
 « d'opportunité comme toutes les autres règles. »

L'article 5 du Restatement est ainsi conçu : Les règles de conflits des lois font partie du *common law* et comme telles sont aussi obligatoires pour les tribunaux que toutes autres parties de la loi de l'Etat (1).



On fait en général dans ce sujet une distinction entre les conflits internationaux et les conflits interprovinciaux, car ils n'ont pas tout à fait le même caractère. Un arrêt de conflit interprovincial n'aura pas la même autorité comme précédent qu'un arrêt de conflit international. A cet égard, il faut que nous nous demandions quel est le caractère — interprovincial ou international — des conflits américains.

Les conflits américains n'ont pas entièrement ni le caractère international ni le caractère interprovincial. En faveur de leur caractère international, nous rappelons

(1) Quant au droit anglais, Sir Frederick Pollock pouvait écrire déjà en 1902 dans 2 Col. L. R. 138 : « Les règles du conflit des
 « lois font maintenant, depuis plusieurs années, autant partie du droit
 « local que le droit commercial, et de jour en jour il devient de moins
 « en moins nécessaire ou utile, dans un cas normal quelconque, de citer
 « des autorités étrangères ou d'avoir recours aux principes généraux
 « basés sur la convenance. L'idéal est encore cosmopolite mais, le droit
 « positif des tribunaux est national, et je crois qu'il en est de même,
 « ou tout au moins qu'il y a une tendance semblable aussi dans les
 « autres pays. »

ici que les Etats se sont réservés, par le X^e amendement à la Constitution, tous pouvoirs quant au mariage et quant à toute question relative à la famille (1). Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la loi applicable pour la création d'un droit les Etats sont de véritables souverains non seulement les uns vis-à-vis des autres, mais chacun vis-à-vis du gouvernement fédéral. Le caractère indépendant des Etats envers le gouvernement fédéral s'est manifesté à propos d'une loi qu'a votée le Congrès en 1860 pour permettre aux citoyens américains de se marier devant leurs consuls en pays étrangers (2). Le Département de l'Etat (le Ministère des Affaires étrangères) a été forcé de reconnaître que cette loi n'ajoute rien aux pouvoirs des consuls, car le mariage est un sujet que chaque Etat régleme souverainement (3). En conséquence, le Département de l'Etat a envoyé des instructions aux consuls d'aviser les citoyens américains qu'ils devraient suivre la loi locale (4).

Le même conflit entre le gouvernement fédéral et les Etats s'est produit à propos des mariages célébrés en haute mer. La validité d'un tel mariage a sa base dans

(1) Voir à ce sujet le chapitre sur le cadre dans lequel se meut le Mariage — Institution Juridique, p. 167.

(2) 22 U. S. C. A. section 72. Selon cette loi le consul aurait le pouvoir de marier tous citoyens qui pourraient se marier s'ils habitaient le District de Colombie.

(3) Lorenzen dans *Répertoire du Droit International*, tome VI, p. 334.

(4) Voir en accord avec ces instructions, le *Mémoire*, *Marriage Formalities for Americans in France* publié par le Consulat Américain à Paris.

L'article 134 du Restatement exige également que la célébration soit en accord avec la loi locale.

la loi d'un Etat, et non dans une loi du Congrès fédéral (1).

En faveur du caractère interprovincial on peut citer l'article IV, section I de la Constitution fédérale auquel chaque Etat a souscrit en adhérant à l'Union. Cet article est ainsi conçu : « Toute foi et créance doivent être
« accordées dans chaque Etat aux actes publics, archi-
« ves, pièces judiciaires de tous les autres Etats. Et le
« Congrès peut, par des lois générales, déterminer la
« manière dont ces actes, archives, pièces judiciaires
« doivent être établis pour être probants ainsi que leurs
« effets » (2). Par cette clause, l'assemblée constituante de 1787 a voulu créer une espèce de fraternité publique entre les Etats. On pourra désormais établir, dans un Etat donné, l'existence de tous les actes officiels de tous les autres Etats en se conformant simplement au mode d'authentification que le Congrès édictera par une loi. Cela évitera toute la lourde procédure officielle qui existe entre des Etats étrangers.

Nous verrons plus loin l'effet sur le mariage de cette clause ainsi que de la loi votée en vertu des pouvoirs conférés par elle au Congrès et en particulier l'effet du mot « archives » qui se trouve employé. Ici il faut simplement nous demander si cette clause, en obligeant chaque Etat à accorder « toute foi et créance » aux

(1) *Norman v. Norman*, 121 Cal. 620, 54 Pac. 143. Notes 18 R. C. L. 387 et 12 H. L. R. 273. La loi fédérale se borne à obliger le commandant du navire à prendre acte dans son livre de loch de tout mariage qui a eu lieu à bord. 46 U. S. C. A. section 201. Voir *infra*, p. 383.

(2) Traduction de Mirkin-Guetzévitch, dans *Les Constitutions Américaines*.

« pièces judiciaires de tous les autres Etats » enlève aux conflits américains leur caractère international pour y substituer un caractère interprovincial. En d'autres termes, demandons-nous si cette clause de la Constitution américaine ajoute quelque chose aux principes ordinaires que les tribunaux américains ont élaborés dans la matière du conflit des lois en ce qui concerne la reconnaissance des « pièces judiciaires » des pays étrangers.

Par « pièces judiciaires » (*judicial proceedings* dans l'original) il faut entendre, d'une façon générale, les jugements. Il convient aussi de préciser que cette clause ne concerne que les jugements qui condamnent à payer une somme d'argent, car on a toujours admis qu'un jugement qui commande au défendeur de faire ou de ne pas faire quelque chose, d'accomplir un travail, etc., ne sera pas exécutable en dehors du ressort du tribunal (1). Il en est de même des jugements criminels et fiscaux (2). Ces jugements sont liés étroitement aux intérêts de l'Etat au service duquel siège le tribunal qui les a rendus, et on ne saurait invoquer l'aide d'un autre Etat pour les rendre efficaces. Donc, en ne considérant que les jugements ordinaires qui condamnent à payer une somme d'argent, quelle est l'influence de la clause dite de pleine foi et créance ?

L'Amérique ne connaît pas la procédure de l'exequatur (3). Mais selon un principe admis par tous les juristes américains, chaque jugement est créateur d'un droit nouveau au bénéfice de celui en faveur duquel le juge-

(1) Article 485 du Restatement.

(2) Article 621 du Restatement, Goodrich, p. 470 et suiv.

(3) Article 475 du Restatement, Goodrich, p. 451.

ment est prononcé et d'une obligation à la charge de l'autre partie. Dans un Etat autre que celui qui a rendu le jugement, il faut, pour tirer profit de ce jugement, que le bénéficiaire intente une action qui sera basée sur cette nouvelle obligation.

La science du conflit des lois, œuvre des auteurs et des tribunaux, a élaboré un ensemble de principes pour déterminer dans quelles circonstances et sous quelles conditions une telle action peut être recevable. Sans vouloir entrer dans les détails de l'histoire de cette longue élaboration de principes, nous ne pouvons mieux faire pour les énumérer que de les traduire du Restatement. L'article 470 est ainsi conçu : « Un jugement est « valable s'il a les qualités suivantes : a) l'Etat dans lequel il a été rendu avait compétence du point de vue « juridictionnel ; b) le tribunal qui a rendu le jugement « était compétent selon la loi de l'Etat ; c) le jugement « était la décision formelle d'un tribunal impartial sur une « cause concernant laquelle toutes personnes liées par « le jugement avaient été dûment averties et contre laquelle la possibilité de se défendre avait été accordée ; « d) le jugement n'outrepasse pas la question exacte que « les parties ont soumise au tribunal par les pièces de la « procédure écrite. (*It is responsive to the pleadings*). » A ces principes il faut ajouter que le défendeur dans l'action basée sur un jugement étranger peut bénéficier de l'exception de la fraude (1). On admet également qu'une action qui est contraire aux notions de l'ordre public ne sera pas recevable (2).

(1) Article 481A du Restatement.

(2) Article 620 du Restatement.

Tels sont les principes ordinaires, réduits ici à l'extrême, qui président à la reconnaissance des jugements étrangers. Quand il s'agit de la reconnaissance d'un jugement d'un tribunal d'un autre Etat des Etats-Unis, il faut tenir compte de la clause dite de pleine foi et créance, et dans ce cas nous voyons simplement cette différence, à savoir : un Etat ne peut pas refuser de reconnaître ces jugements en se fondant sur la doctrine de l'ordre public. Pour s'en convaincre, il faut simplement lire deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans le cas *Fauntleroy c. Lum* (1), le plaignant a intenté une action dans l'Etat de Mississippi, basée sur un jugement rendu par un tribunal de l'Etat de Missouri. La dette originale était une dette de jeu. Dans l'Etat du Mississippi une loi interdisait aux tribunaux de rendre des jugements basés sur les dettes de jeu. Le tribunal du Mississippi avait donc refusé de reconnaître le jugement du Missouri. La Cour des Etats-Unis a décidé que le tribunal de Mississippi n'avait pas à considérer le bien-fondé du jugement du Missouri, et qu'une semblable application de la loi du Mississippi aux jugements des autres Etats était inconstitutionnelle.

Dans le cas de *Kenney c. Order of the Moose* (2), il s'agissait d'un jugement de l'Etat d'Alabama condamnant l'auteur d'un accident à payer une indemnité à la famille de la victime. Un tribunal de l'Illinois avait refusé de reconnaître ce jugement parce qu'une loi de cet Etat interdisait à ses tribunaux de rendre des jugements dans les cas de mort accidentelle survenue en

(1) 210 U. S. 230 (1908).

(2) 252 U. S. 411, 1920.

dehors de l'Etat de l'Illinois. La Cour Suprême des Etats-Unis a décidé que cette loi était en contradiction avec la clause de la constitution que nous venons de citer, et que par conséquent elle était inconstitutionnelle.

En résumé, on peut dire que les conflits en matière de mariage et en toute autre matière à l'égard de laquelle les Etats particuliers sont investis des pleins pouvoirs par la Constitution fédérale, sont de véritables conflits internationaux, réserve faite de la clause dite de pleine foi et créance, qui a pour effet, en ce qui concerne la reconnaissance des jugements d'autres Etats, de réduire à néant le rôle ordinaire de la notion de l'ordre public.

Bibliographie

- BEALE (Joseph H.). — *Cases on Conflicts of Laws*.
2^e Edition, 2 vol., Cambridge, Harvard University Press.
- BUSTAMANTE. — *Le Code de Droit International Privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, traduit par Paul GOULÉ, Paris, Sirey, 1929.
- CONSENTINI (Francesco). — *Le Droit de Famille. Essai de réforme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929.
- KUHN (Arthur K.). — *La conception de Droit International Privé aux Etats-Unis*. Tome XXI de Cours de l'Académie de Droit international, Paris, Sirey, 1928.
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Répétitions écrites. Cours sur le Droit International Privé, Code Bustamante*, Cours de Doctorat, 1934.
- LORENZEN (Ernest G.). — *Cases on the Conflicts of Laws*, 2^e Edition, St. Paul, Minn., 1924.
- MINOR (R. C.). — *Conflicts of Laws*, 1901, Boston, Little Brown and C^o.
- REY (Charles). — *La Commission américaine d'uniformité des lois d'Etats*, Paris, Giard, 1927.

SCHOFIELD. — *Constitutional Law and Equity*, vol. I, *The Full Faith and Credit Clause*, p. 153-251, 1921, Boston, The Chipman Law Publishing C°.

STORY (Joseph). — *Conflicts of Laws*, 1834.

WIGNY (Pierre). — *Essai sur le Droit International Privé américain*, Paris, Sirey, 1932.

— *Code Bustamante* (en anglais) *The International Conférences of American States*, 1889-1928.

PERIODIQUES

ABBOT (Edwin H.). — *Res Judicata as a Federal Question*, 25 H. L. R. 443, 1912.

BEACH (Chas. F.). — *Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights*, 27 Yale L. J. 656, 1917.

BEALE (Joseph H.). — *Constitutional Protection of Decrees for Divorce*, 19 H. L. R. 586.

COOK (W. W.). — *The Powers of Congress under the Full Faith and Credit Clause*, 28 Yale L. J. 421, 1919.

COSTIGAN (G. P.). — *History of the Adoption of Section I, article IV of the United States Constitution*, 4 Col. L. R. 470, 1904.

DODD. — *The Power of the Supreme Court to Review State Decisions in the Field of Conflicts of Laws*, 39 H. L. R. 533, 1926.

FIELD. — *Judicial Notice of Public Acts under the Full Faith and Credit Clause*, 12 Minn. L. R. 439, 1928.

LANGMEAD (S. I.). — *The Full Faith and Credit required for Public Acts*, 24 Ill. L. R. 383, 1929.

- OCTAVIO (Rodrigo). — *L'Amérique et la codification de Droit International Privé*, 25 *Revue de Droit International Privé* 633, 1930.
- ROSS (G. W. C.). — *Has the Conflicts of Laws become a Branch of Constitutional Law*, 12 *Minn. L. R.* 161, 1930-31.
- SCHOFIELD (H.). — *The Claim of a Federal Right to enforce in one State the Death Statute of Another*, 3 *Ill. L. R.* 65 et 13 *Ill. L. R.* 43.
- *Concerning acts of Congress on Full Faith and Credit*, 24 *Ill. L. R.* 389, 1929.
- *The Due Process and Full Faith and Credit Clauses as applied to the Conflicts of Laws*, 26 *Yale L. J.* 405, 1917.
- *On Full Faith and Credit and Recognition of Foreign Marriages and Foreign Divorce*, 23 *Col. L. R.* 469, 1923.
- *Marriages of American Citizens abroad*, *Washington D. C.*, 1928.
-

CHAPITRE II

Le Domicile

Rôle de la notion du domicile en droit américain, p. 336 ; — *Loi applicable à la détermination de domicile*, p. 337 ; — *Définition du domicile*, p. 338 ; — *Domicile d'origine*, p. 339 ; — *Domicile de choix*, p. 340 ; — *L'élément de fait*, p. 341 ; — *L'élément intentionnel*, p. 342 ; — *Domicile de dépendance*, *Domicile de la femme mariée*, p. 345 ; — *Domicile des enfants*, p. 349 ; — *Domicile des aliénés*, p. 350 ; — *Le rejet en Amérique de la doctrine anglaise dite de « revival »*, p. 351.

Il est indispensable pour comprendre ce qui va suivre de donner dès maintenant un résumé de la notion américaine du domicile.

Le domicile joue un rôle bien différent en droit américain de celui qu'il joue en droit français.

En France, l'intérêt de la question est d'ordre purement interne — sommations, successions, suffrage, paiement d'impôts, etc. Depuis l'ancien régime, la notion du domicile n'a guère d'importance dans le choix d'une loi applicable. Par contre, en Amérique, le domicile joue un double rôle — de droit interne — détermination du lieu de suffrage, de paiement d'impôts, etc. (1), et

(1) On trouvera également de nombreux cas dans la Nouvelle Angleterre où le domicile d'un indigent est disputé entre deux villes

de conflits des lois — le domicile détermine dans plusieurs cas le choix de la loi applicable. Ce dernier rôle est beaucoup plus important que son rôle en droit interne. Mais comme nous le verrons, le domicile n'est pas très important dans les questions relevant de la famille. Il l'est plus dans d'autres sujets tels que les successions.

Au seuil de l'étude du domicile une première question doit nous arrêter — la question de savoir quelle est la loi applicable à la détermination du domicile. Partout en Amérique on donne la préférence à la *lex fori* (1). Quand un juriste, discipliné dans le droit d'un pays donné, formule des principes dans la matière du conflit des lois — principes selon lesquels la loi du domicile est applicable dans telle ou telle situation, etc. — il entend par domicile le sens que son propre droit, sa propre discipline juridique donne à ce mot. Il serait impossible de formuler de principes si un des termes essentiels avait un sens flottant. Si par exemple on accepte la loi nationale comme celle qui devait s'appliquer pour déterminer le domicile, le sens de mot « domicile », incorporé dans un principe général concernant l'application de la loi dans l'espace, sera aujourd'hui le sens français (principal établissement) demain le sens américain (intention subjective d'établir un « home ») et

d'un même état — chacun essayant de s'en débarrasser pour alléger le poids sur la caisse publique. Voir aussi Goodrich. p. 38.

(1) Lorenzen, *Theory of Qualifications and the Conflicts of Laws*, 1920, 20 Col. L. R. 247 et note 13 Minn. L. R. 556. Restatement, article 11.

le lendemain le sens soviétique, etc. Ces sens diffèrent entre eux comme les couleurs de l'arc-en-ciel. Il sera donc impossible d'établir une science de droit, ou un ensemble de principes qui ressemblent même de loin à une science, si on marche sur un terrain aussi peu solide.

Les principes de cette matière du conflit des lois forment un tout. Ce tout, bien qu'il subisse certaines influences extérieures, fait partie de l'ensemble du droit qui est appliqué par un tribunal et que le juge reconnaît comme le sien. Intervenir pour dire au juge — « l'expression que vous employez aujourd'hui pour vouloir dire noir, vous l'employerez demain pour vouloir dire jaune ou vert », c'est bâtir une maison sur le sable. Pour ces raisons d'ordre à la fois pratique et scientifique, nous nous rallions entièrement à la théorie de la *lex fori*.



En droit américain, comme en droit français, toute personne a un domicile et n'en a jamais qu'un, bien qu'elle puisse avoir plusieurs résidences ou plusieurs établissements. La notion de domicile est donc une conception juridique, et il s'agit de dégager quels sont les faits et les circonstances auxquels la loi attache de l'importance en choisissant un lieu plutôt qu'un autre comme le domicile d'une personne.

La jurisprudence américaine foisonne en définitions du domicile. De toutes nous préférons celle du juge Holmes : « Ce que la loi entend par domicile est « un quartier général, prééminent dans la technique juri-

« dique, que toute personne, en raison de fait ou d'une « fiction, est obligée d'avoir afin que certains droits et « devoirs que la loi y attache puissent être détermi- « nés » (1). La définition du Restatement (article 10) est la suivante : « Le domicile est le lieu avec lequel une « personne a une relation fixe aux yeux de la loi, soit « parce que son *home* y est, soit parce que le lieu lui « est assigné par la loi. »



Pour comprendre les diverses situations qui peuvent se présenter il convient de distinguer trois catégories : a) le domicile d'origine, b) le domicile de choix et c) le domicile de dépendance.

a) Par domicile d'origine on entend simplement le lieu assigné par la loi à l'enfant nouveau-né comme son domicile. Si l'enfant est légitime il aura le même domicile que son père, s'il est naturel ou s'il est posthume il aura le même domicile que sa mère (2).

Il faut noter que, dans ces conditions, le domicile de l'enfant n'est pas nécessairement dans l'Etat où il est né, et par conséquent sa nationalité et son domicile peuvent relever des puissances différentes. Un enfant né en Amérique, et par conséquent devenu citoyen américain

(1) Dans *Bergner et C^{ie} v. Dreyfus*, 172 Mass. 154, cité par Goodrich, *Conflicts of Laws*, p. 21.

(2) Article 16 du Restatement. On remarque qu'il n'y a pas question ici de filiation naturelle avec le père. En Amérique l'enfant naturel n'est attaché juridiquement qu'à sa mère. La recherche de la paternité, qui est permise, n'a pour but que de faire payer une pension ou de recueillir une succession. On ne s'occupe dans ces procès de la question de filiation que pour établir les droits pécuniaires.

(*jus soli*) peut être domicilié en France ou en Angleterre dès sa naissance en raison du domicile de ses parents.

Le domicile d'origine en droit américain n'a guère plus d'importance que le domicile de choix. Il y a, à cet égard, une différence entre le droit américain et le droit anglais. Dans le pays néuf d'outre-Atlantique on n'attache pas une telle importance à l'endroit où on est né. L'Anglais y est attaché plus que l'Américain en raison de son esprit traditionaliste. On estime qu'en Amérique un cinquième de la population n'habite plus l'Etat de leur naissance (1). Quand il y a hésitation entre le domicile d'origine et un domicile de choix, un tribunal anglais s'inclinera toujours vers le domicile d'origine, tandis qu'un tribunal américain ne fera guère plus de différence dans ce cas que s'il s'agissait de deux domiciles de choix.

A vrai dire le domicile d'origine est un genre de domicile de dépendance. Cependant il est utile de l'étudier séparément. On est obligé souvent de remonter jusqu'à la naissance d'un individu pour voir s'il a abandonné successivement ses divers domiciles pour en acquérir d'autres.

*
* *

b) Le domicile de choix n'est accessible qu'aux personnes majeures ou émancipées, libres de toute contrainte, réserve faite du cas spécial de la femme mariée, qui sera expliqué dans la prochaine catégorie. La personne doit être majeure, c'est-à-dire capable, car si elle

(1) Hart, *Selective Migration as a Factor in Child Welfare*, *University of Iowa Studies* 1921, cité par Goodrich, p. 28.

ne l'est pas, elle est sous le contrôle d'un autre et il est inutile de parler de *choix* dans ce cas. Pour la même raison, la personne doit être libre de toute contrainte. C'est ainsi qu'une personne en prison n'a pas son domicile dans ce lieu.

Mais il ne faut entendre par contrainte qu'une compulsion physique. On est contraint toujours par mille et une circonstances de la vie — le déterminisme ne soutient-il pas que la vie n'est que cela — mais d'autres contraintes, comme l'indigence, le dégoût inspiré par certains endroits, n'entrent pas en ligne de compte ici.

★
★ ★

Avec ces précisions quant au sujet de droit, cherchons les éléments essentiels de l'objet. Pour le domicile de choix, il n'y en a que deux. Ce sont la présence effective de la personne dans un endroit, et l'intention d'y établir son « home ». Ces deux éléments doivent concourir au même moment (1).

Quant à l'élément de fait, la présence effective de la personne est toujours nécessaire au moment où le domicile est acquis. La jurisprudence anglo-américaine est uniforme dans ce sens (2).

(1) Ce sont là les formules de l'article 17 du Restatement.

(2) Dans un seul cas, un tribunal a décidé qu'un marin était domicilié au moment de sa mort dans un certain endroit où il n'a jamais été, mais dans lequel il avait l'intention de fixer son foyer et dans lequel sa famille s'est installée avec tous ses effets en attendant son arrivée. *White c. Tennant*, 31 W. Va. 790, 8 S. E. 598. Lorenzen, *Cases on the Conflicts of Laws*, 2^e édition, p. 46. Les auteurs généralement critiquent cette décision, et la jurisprudence dans tous les autres cas est dans le sens contraire. Voir Goodrich, p.



L'élément intentionnel consiste dans l'intention d'établir un « home » et non un principal établissement comme en droit français. A cet égard, il faut examiner l'intention qu'a l'intéressé au moment où l'on prétend qu'il acquiert un domicile. Ses intentions d'établir son « home » dans cet endroit dans un avenir plus ou moins proche est sans effet. Si Primus arrive à New-York, et si après qu'il a fait le tour d'horizon, il décide qu'il reviendra dans l'avenir pour s'y établir, cette intention n'est pas suffisante.

Ce mot anglais « home », malheureusement, n'a pas d'équivalent exact en français, et puisque la plupart des mots en traversant la Manche changent de signification en route, le mot « home » est probablement destiné au même sort. Les marchands de meubles sont en train de le réduire à une conception toute matérielle. Mais en anglais ce mot s'entoure d'une auréole sentimentale composée d'affection, de paix et de repos. C'est le lieu que peuvent quitter les pieds mais non le cœur (1).

L'intention que les tribunaux s'efforcent de dégager est l'intention intime de la personne, l'intention plutôt subjective. Les juges n'acceptent pas nécessairement ce que dit l'intéressé à ce sujet, car ses déclarations peuvent être formulées pour le besoin de la cause. Au con-

32. Le droit américain ne confère pas de domicile par force de la loi, comme fait le droit français aux fonctionnaires nommés à vie. Article 107 du Code civil.

(1) Traduit de la strophe 5 du poème de Holmes, Homesick in Heaven.

traire on cherche à surprendre l'intention réelle dans des déclarations non préméditées, qui révèlent sans qu'on le sache le lieu auquel est attaché le cœur. Démêler le vrai du faux, « descendre dans l'âme pour désarticuler « tout mensonge à travers les allégations » (1), distinguer les intentions réelles et ne pas se faire la dupe des apparences constituent le travail d'appréciation des juges.

Il est important de noter que le point de vue subjectif dans cette matière est le seul qui met obstacle à la fraude à la loi. Si la loi permettait d'acquérir un domicile en raison de certaines circonstances matérielles — comme par exemple une résidence d'une certaine durée — l'intéressé se mettrait dans la situation à laquelle la loi attribue le domicile pour en recevoir tous les effets, sans la moindre intention de faire de ce lieu son « home ». On voit fonctionner la conception objective dans certains Etats comme le Nevada où neuf fois sur dix l'attribution du domicile par les tribunaux est en fraude des lois des autres Etats (2).

L'intention doit avoir pour objet d'établir un « home » et non un domicile. Une déclaration expresse que l'on change de domicile, telle que préconise l'article 104 du Code civil, serait sans effet comme telle sur celui-ci. La déclaration expresse et l'intention d'acquérir un *domicile* sont sans effet ni positif ni négatif. On peut avoir des motifs très louables d'acquérir un domicile dans un endroit, mais par l'effet de se limiter à ces motifs et de ne pas considérer ce lieu comme son « home » on n'y acquiert pas un domicile. Par contre, on peut se rendre

(1) Flaubert, *Madame Bovary*, p. 355.

(2) Voir *supra*, chapitre sur le Mariage aux Temps Modernes, p. 73.

à un endroit avec des motifs peu louables, comme par exemple pour diminuer ses impôts, pour éviter le payement d'une dette, pour profiter des facilités du lieu afin de divorcer, mais par l'effet de l'élément intentionnel de considérer cet endroit comme son « home » et d'y attacher sincèrement son cœur, on y acquiert un domicile (1).

Dans beaucoup de « cases » les juges ont dit que l'intention doit avoir pour objet de rester dans un endroit toujours ou tout au moins indéfiniment, et ils donnent à cet élément intentionnel le nom *animus manendi*. Cette formule est très courante dans la littérature juridique anglaise et américaine. Elle s'applique bien à un cas où l'on trouve l'intéressé sur le seuil de sa nouvelle maison en train d'y entrer pour la première fois, mais l'appliquer à d'autres cas est une erreur. Beaucoup de personnes, bel et bien domiciliées dans un endroit, savent parfaitement qu'elles vont le quitter dans un an, dans un mois ou dans une heure, mais tout le monde admet qu'elles y sont domiciliées non seulement pour le moment mais même aussi après l'avoir quitté, et jusqu'au moment où l'élément de fait et l'élément intentionnel s'accordent de nouveau pour établir un domicile ailleurs. L'application générale de l'expression *animus manendi* à tous les cas de domicile de choix, est une véritable erreur, faite sans cesse depuis plus d'un siècle par un grand nombre de tribunaux anglais et américains et par certains auteurs. Il faut l'abandonner complète-

(1) C'est ce qui est exprimé par l'article 24 du Restatement.

ment. Le Restatement ne l'a pas employée et elle est dénoncée aujourd'hui par les auteurs américains (1).



c) Nous arrivons ainsi à la troisième catégorie de situations qui est celle du domicile de dépendance. La question de beaucoup la plus importante ici, est de savoir quel est le domicile de la femme mariée.

Dans le droit anglais classique comme dans le droit français d'aujourd'hui (Code civil, article 108) on ne pensait pas adopter d'autre règle que celle-ci : La femme mariée n'a d'autre domicile que celui de son mari. Sa présence réelle chez son mari était sans importance, et on ne se souciait nullement de ses intentions. Cette conception purement fictive s'accordait parfaitement avec le régime général de la femme mariée. Dans le droit anglais classique on disait que le mari et la femme ne faisaient qu'un et que le mari était cet un. Le droit opérerait une suspension complète de la personnalité de la femme pendant la durée du mariage. Bien que le régime de la femme mariée ait changé presque complètement en Angleterre aujourd'hui, la règle que la femme mariée est domiciliée chez son mari ne semble pas céder (2).

La règle anglaise était en vigueur dans les colonies d'outre-océan et ne commençait à fléchir que vers la fin

(1) Goodrich, p. 35. Les juristes américains; depuis une trentaine d'années, ont été mis en garde d'appliquer l'expression *animus manendi* à tous les cas de domicile, par les cours professés à Harvard par M. Beale.

(2) Lord Advocate c. Jaffrey, 1921 A. C. 146. Lorenzen, *Cases on Conflicts of Laws*, 2^e édition, p. 70.

du XIX^e siècle. Il importe donc de rechercher à quel point cette règle a été abandonnée aujourd'hui par suite des exigences de la vie moderne.

Une première brèche résulta de la notion du franc jeu (*fair play*) américain, notion qui a son origine certainement dans la vie largement sportive des Etats-Unis. Seul le tribunal du domicile est compétent en cas de divorce. En plus, dans beaucoup de cas, les lois des divers Etats exigent une résidence préalable pendant un certain temps dans le ressort du tribunal. Donc, si un mari, coupable des faits constitutifs de cause de divorce, change de domicile souvent, ou plus simplement s'il s'établit dans un Etat où la cause de divorce en question n'est pas reconnue, il peut anéantir le droit de sa femme. La règle que le domicile de la femme mariée est celui de son mari a donc subi d'abord cette première exception, à savoir : que la femme ayant en sa faveur une cause de divorce peut retenir comme son domicile pour les besoins de la cause, le domicile de son mari du temps de la naissance de son droit, quand bien même que le mari aurait changé ce domicile dans l'intervalle.

Les partisans de la règle classique (et des plus fervents, il faut nommer M. Beale) soutiennent que cette exception est suffisante pour protéger la femme, et que l'on doit la considérer comme l'extrême limite des changements possibles. Mais de tout temps le mari, victime des faits constitutifs de cause de divorce, a eu le privilège de changer de domicile et de choisir un autre Etat plus accueillant pour sa cause, et on ne voyait pas très bien en vertu de quel principe on pourrait refuser un même privilège à la femme pareillement victime. L'égalité de l'homme et de la femme en cette matière était,

d'ailleurs, en accord avec le mouvement tendant à l'émancipation de la femme. Ainsi le droit américain n'a pas tardé à faire ce deuxième pas et aujourd'hui presque tous les Etats (si non tous) reconnaissent à la femme mariée le droit d'établir partout où elle voudra un domicile afin d'obtenir un divorce.

Mais le domicile de la femme mariée a d'autres raisons d'être que l'obtention d'un divorce, et bientôt il a fallu songer si elle ne pouvait pas s'en prévaloir. Si seule la femme mariée, titulaire d'un droit au divorce, pouvait choisir librement son domicile, comment pouvait-on établir la réalité de ce droit sans faire le procès même de divorce ? En d'autres termes, l'épouse victime, pour donner de la compétence à un tribunal hors le ressort du domicile de son mari, avait besoin, selon cette règle, d'un droit que peut seul créer un tribunal déjà muni de compétence basée sur la réalité du domicile dans son ressort. D'où cette conséquence : ou bien son nouveau droit n'avait aucune utilité, car, pour établir la condition préalable de son exercice la femme devait faire son procès dans le ressort du domicile de son mari, ou bien on tournait dans un cercle sans issue. La seule porte de sortie est de reconnaître que la femme peut choisir son domicile librement, non seulement pour les besoins de son procès de divorce, mais à toutes fins utiles. « Le changement de domicile qui est valable à l'encontre du mari doit être valable à l'encontre de tout le monde » (1).

A l'heure actuelle on trouve le droit américain en pleine évolution. Un certain nombre de tribunaux sans

(1) Le juge Holmes dans *Williamson c. Osenton*, 232 U. S. 619.

s'apercevoir du cercle vicieux où tourne leur raisonnement, ne reconnaissent, à la femme mariée, le libre choix du domicile que si elle est munie d'une cause de divorce. D'autres tribunaux, en nombre toujours plus grand, reconnaissent à la femme mariée le libre choix complet.

Les rédacteurs du Restament, ayant comme président M. Beale, défenseur de la règle classique, étaient bien embarrassés devant l'état contradictoire de la jurisprudence sur ce sujet. Comme règle générale, ils ont posé le principe que l'épouse a le même domicile que son mari (1). Comme exception ils se sont arrêtés à cette formule : « Si une épouse vit séparée de son mari sans « être coupable de désertion devant la loi de l'Etat de « leur domicile au moment de leur séparation, elle peut « acquérir un domicile séparé » (2). Dans cette règle il n'est donc plus question des droits qu'elle possède, mais de son innocence. On ne veut pas qu'elle profite de ses torts, de son propre abandon d'un des devoirs conjugaux pour se prévaloir de ce nouveau droit qu'on lui tend d'une main avare. Mais si elle n'est pas coupable de désertion, elle peut acquérir un domicile propre absolu qui n'est pas limité au cas de divorce (3).

Cette inégalité en faveur de l'homme est le contre-poids d'une autre inégalité en faveur de la femme — à savoir qu'à l'homme seul incombe l'obligation alimentaire du ménage. Il est nécessaire que l'homme, qui a le devoir de servir des aliments, travaille. Il faut donc

(1) Article 29.

(2) Article 30.

(3) Le commentaire à l'article 30.

qu'il soit libre d'aller où son travail l'appelle, et il est juste qu'on oblige sa femme, qui est en quelque sorte son nourrisson, à le suivre (1).

La règle posée par le Restatement décrit aussi bien que faire se peut, l'état actuel de la jurisprudence américaine. Certains « cases » semblent aller plus loin pour poser la liberté absolue de la femme dans cette matière (2). Mais ce sont des *dicta*, les résidus de la vaporisation mentale de certains juges. Il est encore trop tôt pour dire que dans quelque Etat que ce soit, les juges emploient pour déterminer le domicile le même procédé pour la femme mariée que pour son mari. Incontestablement c'est la tendance actuelle, mais cette modification n'est pas encore réalisée.

*
**

En ce qui concerne les autres incapables, il faut passer en revue les enfants, et ceux qui sont plus ou moins atteints de maladies mentales.

Comme nous l'avons vu, l'enfant légitime prend en naissant le domicile de son père, et l'enfant naturel ou posthume celui de sa mère. Par suite, ce domicile leur reste tant que la situation ne change pas.

En cas de divorce ou de séparation des parents l'enfant a son domicile avec le parent à qui le tribunal a donné la garde (3). L'enfant adopté a son domicile chez

(1) Ceci rappelle l'article 214 du Code civil. Le droit américain ne connaît pas ce principe dans les formules lapidaires du Code civil, mais cependant la réalité du principe ne fait pas de doute.

(2) Voir les « cases » cités par Goodrich, p. 50, note 6.

(3) Article 34 du Restatement.

l'adoptant (1). Si l'enfant légitime perd son père, il est alors domicilié chez sa mère, en l'absence d'un tuteur nommé par le tribunal (2). L'enfant légitime qui perd ses deux parents et l'enfant naturel ou posthume qui perd sa mère sont domiciliés chez le tuteur, et leur domicile suit celui du tuteur en dedans mais non en dehors de l'Etat dont le tribunal a nommé le tuteur (3). En absence de nomination d'un tuteur, l'orphelin a son domicile chez un grand-parent qui l'accueille chez lui (4). et, à défaut, le domicile de l'enfant reste sans changement jusqu'à sa majorité (5).

Dans certains cas le domicile de l'enfant ne suit plus celui de son parent. Il en est ainsi : 1° Si le père abandonne l'enfant ; le domicile de celui-ci reste alors dans l'Etat où il a été abandonné, ou suit celui de sa mère s'il vit avec elle ; 2° Si l'enfant est émancipé, il est alors libre de choisir son domicile ; 3° Si l'enfant, encore mineur, se marie, il est libre selon la jurisprudence dominante (6).

*
* *

En ce qui concerne les personnes *non compos mentis*, la liberté de choix de domicile dépend de la capacité

(1) Article 36 du Restatement.

(2) Article 39 du Restatement.

(3) Article 38 du Restatement.

(4) Article 40 du Restatement.

(5) Ceci est la règle dominante. Voir Goodrich, p. 56 et les « cases » cités par lui dans la note 33. Goodrich propose cependant dans ce cas que l'enfant arrivé à l'âge de raison, soit tenu comme capable de choisir librement son domicile, et il cite le cas de Louisville Ry. Co. c. Kimbrough, 115 Ky. 512, 74 S. W. 229.

(6) Goodrich, p. 52-53.

mentale de fait de l'individu. S'il a assez de raison pour choisir le lieu de son habitation, il peut ainsi choisir son domicile.

S'il a un curateur, son domicile est chez celui-ci s'il vit avec lui ; autrement son domicile est immuable (1).



Avant de quitter le sujet de domicile il y a un point sur lequel il est nécessaire d'appeler l'attention du juriste européen. Il s'agit de la doctrine dite de « *revival* » ou « *reverter* » de droit anglais, qui a été répudiée par le droit américain. Selon cette doctrine, depuis l'instant qu'un individu a abandonné un domicile de choix jusqu'à l'instant où il a établi un nouveau domicile, cet individu est censé être domicilié aux yeux de la loi, dans son domicile d'origine. Le domicile d'origine d'un Anglais le suit partout où il va et demeure dans un état latent pour rejaillir au moment où il abandonne un domicile de choix (2). A vrai dire cette doctrine n'a pas beaucoup d'importance, même en droit anglais. Comme on le voit, elle n'a d'application qu'entre le moment où un individu abandonne un domicile de choix pour en chercher un autre. C'est une doctrine en quelque sorte de déménagement. Les jours que l'individu ordinaire passe en de telles circonstances ne sont pas nombreux.

Cette doctrine curieuse du droit anglais est contraire aux principes fondamentaux de domicile tels qu'on les

(1) Article 41 du Restatement et Commentaire; Goodrich, p. 59.

(2) Cette doctrine a été mise en lumière par le professeur Lévy-Ullmann devant la Société d'Etudes Législatives en 1930 (Bulletin de la Société de 1930, p. 86).

comprend en Amérique, et aujourd'hui on l'a abandonnée.

Il y a un siècle, Story avait adopté cette doctrine sans la discuter dans son livre sur le Conflit des Lois. Whar-ton voulait limiter l'application de cette règle au cas où l'individu était en route vers son domicile, et Minor en 1901 a suggéré que la doctrine ne pouvait plus être appliquée si l'individu s'était fait naturaliser au domicile de choix. Depuis lors la doctrine de « revival » est complètement rejetée par la jurisprudence (1), par les auteurs (2) et par le Restatement (3).

(1) *In re Jones Estate*, 192 Iowa 78, 182 N. W. 227, 16 A. L. R. 1286, Lorenzen, *Cases Conflicts of Laws*, 2^e édition, p. 35.

(2) Goodrich, p. 29.

(3) Article 25.

Bibliographie

- BEALE (Joseph H.). — *Proof of Domicil*, 74 Univ. of Pa L. R. 552, 1926.
- BENTWICH (Norman). — *Les récents développements du principe du domicile en droit anglais*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, 1934, Paris, Sirey.
- CÔUDERT. — *Some Considerations in the Law of Domicil*, 36 Yale L. J. 949 et 37 Yale L. J. 1125-1132, 1927.
- LÉVY-ULLMANN. — *Cours de doctorat*, 1933-34, p. 78-145.
- LORENZEN. — *Theory of Qualifications and the Conflicts of Laws*, 20 Col. L. R. 247, 265, 1920.
- *Discussion d'un projet de loi sur le statut des Français en pays étrangers et le statut des étrangers en France*, Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, p. 319 et suiv., 1928 ; p. 76 et suiv., p. 96 et suiv., 1930 ; p. 137 et suiv., p. 161 et suiv., p. 175 et suiv., 1931.
-

CHAPITRE III

Conflits de Compétence Législative

Habitudes du peuple américain quant au lieu de la cérémonie de mariage, p. 354 ; — Définition des termes, p. 356 ; Historique, p. 356 ; — Loi applicable pour déterminer la forme du mariage, p. 357 ; — Confusion du droit américain quant à la loi applicable au fond, p. 358 ; — Le droit positif, devant un tribunal de l'Etat de la célébration du mariage, p. 360 ; — Devant un tribunal du domicile, p. 362 ; — Devant un tribunal d'un troisième Etat, p. 369 ; — Justification de la compétence de la loi du domicile, p. 371 ; — La loi du domicile doit s'appliquer aux règles du fond mais non aux règles de forme, p. 374 ; Influence de la clause constitutionnelle dite de pleine foi et créance sur la reconnaissance par un Etat des « archives » d'un autre Etat, p. 376 ; — Conflit entre la loi d'un Etat et la loi d'un pays étranger, p. 382 ; — Mariage en haute mer, p. 383 ; — La question du renvoi, p. 384 ; — La loi compétente pour créer les fiançailles, p. 387 ; — Quant à la forme, p. 388 ; — Quant au fond, p. 390 ; — La loi compétente pour régir l'exécution des fiançailles et le calcul des dommages-intérêts en cas de rupture, p. 398.

Quelle est la loi qui détermine souverainement la validité d'un mariage ? Telle est la question principale de ce chapitre. La question de savoir quelle loi régit la formation et la rupture des fiançailles sera exposée par la suite.

Cette question principale est en même temps la plus complexe en raison des habitudes matrimoniales du peuple américain. Ce peuple vit encore dans un état peu conscient de l'étendue de la loi dans l'espace, peu conscient même de l'existence de la loi. Le mariage lui semble encore un état dont la loi n'a pas à s'occuper, un droit naturel résultant de la différence des sexes et du désir de procréer et d'élever les enfants. En dehors des classes intellectuelles, se marier veut dire faire bénir son union avec une personne du sexe opposé par un ministre de Dieu, afin de pouvoir vivre avec elle selon les conventions que seules la Société admet comme d'une « respectabilité » absolue.

Le choix du lieu de la cérémonie ne se fait guère qu'en vertu de préoccupations sentimentales. Quelle jolie petite église bercée dans sa retraite de verdure perpétuera le plus sûrement pour les intéressés l'échange de leur foi ? (1). Un respect des sentiments de famille, le désir d'avoir comme témoin de leur mariage un camarade affectionné, et une grande variété d'autres raisons peut faire partir les fiancés loin de leur résidence habituelle pour s'unir en mariage. On peut ajouter que dans certains cas plus exceptionnels les intéressés pour « faire un tour » font célébrer leur union en avions, en automobiles, en bateaux, voire même dans l'eau pour donner à cet événement la publicité désirée.

(1) Un exemple frappant du sentiment de ce genre est le nombre de mariages célébrés dans « *The Little Church Around the Corner* » dans la ville de New-York. L'auréole sentimentale qui semble entourer cette petite église la fait le lieu préféré de la cérémonie pour beaucoup de personnes des autres Etats.

Bien qu'on puisse probablement dire encore que la règle est de célébrer tranquillement un mariage dans l'Etat du domicile de l'homme ou de la femme, il est certain que l'on n'y tient pas essentiellement pour des raisons d'ordre juridique, et que toutes les fois qu'une raison sentimentale ou matérielle quelconque s'y oppose on n'hésite pas à franchir les frontières.

Telle est l'ambiance sociale dont on est obligé de tenir compte lorsqu'on étudie la question de la loi applicable à la validité du mariage.

★ ★

En abordant la recherche de la loi compétente pour déterminer la validité du mariage, il faut préciser dès maintenant le contenu des termes employés. L'expression « loi compétente » doit s'entendre ici dans un sens très large pour comprendre tout le droit positif sous quelque forme qu'il se présente. La plupart du temps il ne s'agira pas d'une loi écrite. Les divers Etats n'ont pas encore une législation complète en matière de mariage. Aussi les lois existantes, le plus souvent, ne contiennent pas de stipulation sur l'étendue de leur application. Tout est affaire d'interprétation.

Quant au mot « mariage » il faut se rappeler les deux sens qu'a ce mot : mariage-contrat et mariage-*status*. Pour éviter l'équivoque nous en spécifierons, chemin faisant, le sens dans lequel nous l'employons.

★ ★

Quand, au cours de l'histoire, les Anglais ont commencé à avoir des contacts nombreux avec d'autres peu-

ples, et quand ils ont senti le besoin dans notre matière d'un système pour éviter les conflits des lois, ils ont accepté la conception, qui était alors en faveur sur le continent d'Europe, que la loi du domicile doit régir les droits personnels (1). Suivant cette conception, la loi du domicile n'était applicable qu'aux règles de fond, car, pour les règles de forme, la *lex domicilii* s'effaçait devant la *lex loci celebrationis* (2). Ainsi était établie la règle que la loi du domicile doit déterminer l'existence du *status* de mariage. C'est la théorie classique de l'ancien droit en France (3), et c'est la théorie aujourd'hui en faveur en Angleterre (4). Mais la plupart des pays européens ont remplacé la loi du domicile par la loi nationale.



Examinons maintenant le droit américain. Nous aurons à rechercher quelle est la loi applicable pour déterminer la validité du mariage quant à la forme et quant au fond.

Quant à la forme, le droit américain est à peu près uniforme en donnant compétence à la loi du lieu de la célébration du mariage (5). On se rappelle qu'il existe

(1) Beale, *Treatise*, 1916, p. 69.

(2) La forme est uniformément régie par la *lex loci celebrationis* et en Angleterre et en Amérique. Pour la jurisprudence, voir 57 L. R. A. 153.

(5) Pillet et Niboyet, *Manuel*, p. 512.

(4) Le « leading case » est *Brooks c. Brooks*, 9 H. L. C. 193, 1861.

(5) Lorenzen, *Répertoire de Droit International* de La Pradelle et Niboyet, tome VI traduit par Goulé. Goodrich, p. 253. Voir pour la jurisprudence, 57 L. R. A. 153.

une assez grande variété de formes dans la célébration du mariage en Amérique. En général, les intéressés ont le choix entre une cérémonie religieuse et une cérémonie civile. Aussi, dans 22 Etats, le mariage peut se célébrer par le simple consentement des époux sans aucune formalité quelconque. Quant à la forme, ce mariage de *common law* sera respecté dans tous les autres Etats. De même, ailleurs, la nécessité d'une licence, les règles de compétence du célébrant et le mode de célébration tombent sous ce principe.



Quand au fond, le droit américain est actuellement dans un état de confusion malheureuse sans qu'il y ait beaucoup d'espoir de l'en voir sortir. Deux règles, en effet, sont en concours pour décider de la validité du mariage.

L'une est la règle classique que le *status* d'une personne est régi par la loi de son domicile. L'autre règle est que la validité du mariage quant au fond dépend de la loi du lieu de la célébration. Cette règle prenant la forme d'une maxime « ce qui est bon au lieu de la célébration est bon partout » a été répétée des milliers de fois par les auteurs et par les juges.

La coexistence de ces deux règles, non seulement dans la jurisprudence des différents Etats, mais souvent dans la jurisprudence d'un même Etat, voire dans une même décision, doit son origine à la confusion qui existe entre la conception du mariage-contrat d'un côté et la conception du mariage-*status* de l'autre. La cause en est surtout la pauvreté de la langue, car ces deux conceptions

bien différentes sont désignées le plus souvent par le même mot « mariage ». Dans l'étude du droit interne de chaque Etat, la distinction entre ces deux sens du mot mariage n'apparaît pas nécessairement, car elle est sans utilité — le *status* résultant toujours du contrat, mais quand on se transporte dans le domaine des conflits des lois l'équivoque apparaît. Quand on parle de la compétence de la *lex loci celebrationis*, c'est la notion de mariage-contrat qui prédomine dans l'esprit sans que l'on s'en rende compte ; quand on parle de la compétence de la loi du domicile, c'est au contraire la notion du mariage-*status*.

Cette confusion apparaît chez presque tous les auteurs et s'est glissée jusque dans le Restatement (1).

La confusion du droit américain est aggravée en raison de la différence entre le droit positif tel qu'il est énoncé par les juges et le droit positif tel qu'il est conçu et appliqué dans les divers Etats par les célébrants de mariage ou les fonctionnaires qui délivrent la licence (2). Dès qu'il voit arriver un homme et une femme qui lui demandent son ministère, le célébrant n'envisage dans cet acte que l'accord des volontés et ne s'inquiète guère du respect d'une loi étrangère. Plus tard, la question de validité de ce mariage peut se poser devant le juge du domicile ou d'un troisième Etat et, dans certains cas, dont le nombre va en augmentant, le juge du domicile

(1) L'article 60 dit qu'un état « a compétence pour déterminer le *status* de ses domiciliés ». L'article 129 dit qu'un mariage est valable, sauf certaines exceptions, si on s'est conformé aux dispositions de la *lex loci celebrationis*.

(2) Voir *supra*, le chapitre sur Le Mariage Cérémonial, Législation, p. 273.

peut déclarer que le mariage n'est pas valable parce que contraire à un principe que l'Etat du domicile considère comme d'ordre public.

★
★ ★

Avant de discuter la valeur respective des règles en présence, nous allons exposer sommairement le droit positif tel qu'il est. Les deux fiancés, pour célébrer leur mariage, peuvent choisir, comme nous l'avons vu, soit l'Etat de leur domicile ou l'Etat du domicile de l'un d'eux, soit tout autre Etat à leur gré. Plus tard, on peut concevoir la question de la validité de leur mariage se posant, soit dans l'Etat de la célébration (*a*), soit dans l'Etat du domicile des prétendus époux ou de l'un d'eux (*b*), soit dans un troisième Etat (*c*).

En théorie pure, le lieu où la question se pose doit être sans importance, car le but idéal de la science du conflit des lois est précisément d'établir des règles telles qu'une même question trouvera en tout lieu la même réponse. Mais pratiquement, en reprenant successivement la question pour les différents lieux que nous avons distingués, nous verrons à quel point la science du conflit des lois manque le but qu'on lui a proposé. Un tribunal, quel qu'il soit, recule, plus ou moins, devant l'obligation d'appliquer une autre loi que la sienne. La loi étrangère ne lui est pas familière, il faut avoir recours aux experts pour en faire la preuve, et l'on n'arrive pas à s'y sentir tout à fait à son aise. Il est malheureux de constater que trop souvent entre deux théories dont l'une aboutit à l'application de la loi du tribunal et l'autre à l'application de la loi étrangère, la tendance est d'abord en faveur de la première théorie.

Reprenons nos trois divisions :

(a) La question se pose devant un tribunal de l'Etat de la célébration du mariage.

Ce tribunal résoud toujours la question de la validité du mariage en appliquant sa propre loi (1). En décidant ainsi, les tribunaux se basent sur la théorie de la territorialité des lois. Ils ne veulent pas qu'une autre loi empiète sur la *lex loci*. En général, ils ne voient pas la distinction entre le mariage-contrat et le mariage-*status*. Ne voyant que le premier ils ont de la peine à voir comment une autre loi que la leur pourrait s'appliquer.

Si ce tribunal applique toujours sa propre loi en raison du fait seul que le mariage a été célébré sur son territoire, à plus forte raison il l'appliquera si en plus de cette circonstance l'un des époux ou les deux époux y sont domiciliés.

Il faut reconnaître que ces décisions ont l'avantage de laisser le droit en accord avec la pratique générale des célébrants et des fonctionnaires qui délivrent les licences, pratique qui consiste à célébrer les mariages en ne tenant compte que de la loi locale.

(1) In re Ommany, 183 Minn. 92, 235 N. W. 529, 1931 et People v. Goddard, 84 Cal. App. 382, 258 Pac. 447, 1927 (note 41, H. L. R. 397). Dans ces deux espèces, il s'agit de la validité du mariage d'un divorcé à qui le tribunal de son domicile, en prononçant le divorce, a interdit le remariage. La personne en question, malgré cette prohibition, est allée faire célébrer son mariage dans un autre Etat. En général, s'il existe dans l'Etat où le mariage a été célébré, une loi qui interdit le remariage aux divorcées, on suppose que cette loi ne s'applique qu'aux personnes divorcées par les tribunaux locaux.

Il n'existe pas à notre connaissance, de jurisprudence contraire à la règle générale annoncée.



(b) La question de nullité se pose devant un tribunal du domicile des deux parties ou de l'une d'elles.

Le domicile impliqué ici dans l'expression « *lex domicilii* » est le domicile *au moment de la célébration du mariage*. Le mariage est valable à ce moment-là ou jamais.

Ici il faut diviser nos explications en deux parties, selon qu'il s'agit du domicile des deux époux ou d'un seul.

Supposons, en premier lieu, que la question se pose devant le tribunal dans le ressort duquel les deux époux ou prétendus époux étaient domiciliés au moment de la cérémonie.

Le tribunal, dans la plupart des cas, appliquera, pour juger de l'existence du *status* de mariage, non sa propre loi, mais celle du lieu de la célébration. Il se base sur la maxime « ce qui est bon au lieu de la célébration est bon partout ».

On supposerait que les tribunaux du domicile des époux, plus que les tribunaux de tout autre Etat, doivent veiller à ce que les époux respectent la loi du domicile. Mais, au contraire, ces tribunaux semblent souvent s'en désintéresser, et il en résulte une fraude à cette loi. Ainsi in re *Miller's Estate* (1) les époux, cousins germains, domiciliés dans l'Etat de Michigan où une loi interdit le mariage des cousins germains, étaient allés, pour faire célébrer leur mariage, dans l'Etat de Ken-

(1) 239 Mich. 455, 214 N. W. 428, 1927 note 12 Mich. L. R. 70. Note Clunet, 1928, p. 1275.

tucky où de tels mariages sont admis. Ils étaient retournés aussitôt après dans l'Etat de Michigan. Le tribunal de Michigan décida que ce mariage était valable (1). De même dans *Cunningham c. Cunningham* (2), un tribunal de lieu du domicile (New-York) a appliqué la loi *lex loci celebrationis* pour valider un mariage célébré sans le consentement des parents, et ceci bien qu'une loi de New-York exige ce consentement.

Le plus généralement, avons-nous dit, le tribunal du domicile admettra la compétence de la *lex loci celebrationis*. Nous verrons l'étendue de cette règle en exposant les exceptions.

Parmi les exceptions, les unes sont d'origine jurisprudentielle, les autres légales.

Exceptions d'origine jurisprudentielle :

Les tribunaux du domicile refusent compétence à la *lex loci celebrationis* si le mariage en question est, aux yeux de la loi du domicile, entaché de polygamie (3), ou d'inceste (4), si le mariage entre personnes de couleur

(1) De même *Leefield c. Leefield*, 85 Oreg. 287, 166 Pac. 935, 1917 (cousins germains) ; *Fensterwald c. Burk*, 129 Md. 131, 98 Atl. 358, 1916, 3 A. L. R. 1562 (oncle et nièce) ; *Medway c. Needham*, 16 Mass. 159, 1819 (blanc et noir) et beaucoup d'autres espèces colligées dans 16 Minn. L. R. 173, concernant des divorcés remariés malgré une prohibition du tribunal de leur domicile.

(2) Court of Appeals of New-York, le 22 octobre 1912, note Clunet 1913, p. 663.

(3) *Earle c. Earle*, 126 N. Y. Supp. 317, 1910. La jurisprudence est unanime en ce sens.

(4) Entre ascendants et descendants et entre frère et sœur. Quant aux mariages entre oncle et nièce (ou tante et neveu) la jurisprudence est divisée. En faveur de la validation de ces mariages : *Fensterwald c. Burk*, 129 Md. 131, 98 Atl. 358 (1916) et *Sutton c. Warren* 10 Mete. 451 (Mass. 1845). En sens contraire : *Devine c. Rodgers*, 109 Fed. 886

différente (1) ou avec le complice d'adultère d'un divorcé (2).

A ces exceptions d'origine jurisprudentielle les parlements des différents Etats en ont ajouté d'autres :

En premier lieu, il faut noter l'existence d'une disposition de la loi uniforme contre la fraude en matière de mariage (*Uniform Marriage Evasion Act*) (3). Suivant cette disposition, qui a été adoptée par la législation positive de 14 Etats, le mariage contracté en dehors de l'Etat du domicile dépend néanmoins pour sa validité de la loi du domicile (4). Ceci montre que les Parlements des Etats, voyant le désordre social résultant des mariages contractés au mépris de la loi du domicile, ont voulu obliger les tribunaux à rétablir la suprématie de cette loi.

Il existe dans d'autres Etats des lois interdisant aux domiciliés de contracter en dehors de l'Etat de leur domicile certains mariages qui sont tenus pour spécialement odieux : mariages entre personnes de couleurs dif-

(*Eastern District of Pennsylvania*, 1901) et *State c. Brown*, 47 Ohio St. 102, 23 N. E. 747 (1890).

(1) *Greenhow c. James*, 80 Va. 636 (1885). Ceci est particulièrement vrai des Etats du Sud. Il en est autrement dans le Massachusetts, Etat du Nord où la population nègre est très peu nombreuse, et où le public se désintéresse presque complètement de la question. Voir note Clunet, 1928, p. 1281.

(2) *Stull's Estate*, 183 Pa. 625, 39 Atl. 16 (1896) ; 11 H. L. R. 546 ; *Pennegar c. State*, 87 Tenn. 244, 10 S. W. 305 (1888) ; 44 H. L. R. 513.

(3) Une Commission du Barreau Américain a adopté, en 1912, le texte type de ce projet de loi qu'elle a proposé aux assemblées législatives de tous les Etats.

(4) Voir 38 Yale L. J. 1129 (1929) pour le texte de cette loi, et voir *Recent Social Trends*, p. 704 pour un commentaire.

férentes ; mariages incestueux (1) ; mariages des aliénés et mariages polygames (2) ; mariages avec le complice d'adultère (3) ; remariage d'un divorcé avec une personne quelconque quand les tribunaux qui ont prononcé le divorce lui ont interdit de se remarier (4).

Dans d'autres cas, les tribunaux du domicile ont étendu, par interprétation, la loi générale qui interdisait certains mariages, de façon à inclure ces mariages même lorsqu'ils ont été célébrés dans un autre Etat. A été étendue de cette façon la loi générale interdisant le mariage entre personnes parentes à des degrés trop proches (5), le mariage entre blancs et noirs (6) et le mariage d'un divorcé à qui il a été interdit par le tribunal de se remarier (7).

(1) Miss. Code Ann. 1930, Section 2360, 2361 ; Va. Code Ann. (Michie 1930), Section 4540 ; Me. Rev. Stat. (1930) c. 63, Section 9. Citation de 44 H. L. R. 501.

(2) Me. Rev. Stat. (1930) c. 62, Section 9. Citation de 44 H. L. R. 501.

(3) Wash. Comp. Stat. (Remington 1922), Section 991, cité dans 44 H. L. R. 501.

(4) Des lois interdisant le mariage des divorcés pendant un certain temps, généralement de 6 mois à 1 an, existent dans les Etats suivants : Alabama, Arizona, Californie, Idaho, Iowa, Kansas, Minnesota, Orégon, Texas, Wisconsin, Wyoming, 44 H. L. R. 516, Note.

(5) Weinberg c. Weinberg, 242 Ill. App. 414, 1926 ; Johnson c. Johnson, 57 Wash 89, 106 Pac. 500, 26 L. R. A. N. S. 79 avec note 1910, cités dans 16 Minn. L. R. 173.

(6) Eggers c. Olson, 104 Okla 297, 231 Pac. 483, 1924 ; State c. Kennedy, 76 N. C. 251, 1877 ; Dupre c. Boulard, 10 La. Ann. 411, 1855, cités dans 16 Minn. L. R. 173.

(7) Wilson c. Cook, 256 Ill. 460 (1912), 43 L. R. A. N. S. 365, note, 26 H. L. R. 536 ; Lanham c. Lanham, 136 Wis. 360, 117 N. W. 787 (1908), 17 L. R. A. N. S. 804, et beaucoup d'autres « cases » dans 16 Minn. L. R. 173.

En résumé, les tribunaux du domicile sont en général assez libéraux et reconnaissent l'existence d'un mariage-*status* après sa célébration dans un autre Etat. Ils ont facilité singulièrement parfois les mariages en fraude de la loi du domicile. Mais, par contre, il y a d'une part une tendance législative à interdire aux tribunaux de faire si bon marché de leur propre loi et, d'autre part, une tendance jurisprudentielle de moins en moins libérale. Cet état de choses résulte du conflit entre deux intentions : d'une part, le désir de favoriser le mariage, de laisser aux fiancés le choix du lieu de la cérémonie, et, une fois la célébration accomplie, de ratifier cet accord conclu librement et de bonne foi en reconnaissant le mariage pour valable, et, d'autre part, le désir de sauvegarder l'ordre public et les conceptions essentielles propres à l'Etat du domicile. On souffrira des petites brèches aux principes locaux, mais on n'admettra pas qu'ils soient ébranlés. Comme l'a dit un juge de l'Etat de la Caroline du Nord (1) : « Il est courtois entre voisins de se faire des visites, et il est élégant de traiter l'invité comme un membre de la famille et même de lui offrir le meilleur fauteuil, mais s'il amène avec lui son crotale favori, son ours bien aimé, ou son chien enragé, il lui faut les laisser à la porte, et s'il amène avec lui la petite vérole, la porte doit lui rester close. »

Nous arrivons ainsi à la seconde partie. Nous supposons la question portée devant le tribunal dans le ressort duquel un seul des prétendus époux a été domicilié au moment de la cérémonie du mariage.

(1) Dans *State v. Ross*, 76 N. C. 242, 1877, cité dans 16 Minn. L. R. 172.

Evidemment si ce tribunal suit la maxime « ce qui est bon au lieu de la célébration est bon partout » (ce qui est vrai dans beaucoup de cas), il ne tiendra aucun compte de ce fait que l'existence du *status* du mariage d'un de ses domiciliés est en question.

Mais si ce tribunal croit à la compétence de la *lex loci domicilii*, il se trouvera en face de deux lois de domicile, la sienne — loi du domicile de l'un des époux, et une autre — loi du domicile de l'autre époux. Comment choisir ?

Les quatre solutions suivantes sont possibles. On peut :

1° Exiger que ce mariage soit conforme aux dispositions de la loi de « domicile matrimonial ». Cette expression est employée pour désigner le lieu où les époux ont l'intention de s'établir après leur mariage.

2° Exiger qu'il soit conforme à la loi du domicile du mari.

3° Tenir compte des lois des deux domiciles prises ensemble.

4° S'attacher à la loi de l'un quelconque de ces deux domiciles prise séparément.

La première solution n'est pas à recommander. Aucun tribunal américain ne l'a jamais adoptée (1). Le domicile matrimonial n'est pas fixé au moment de la cérémonie, quoiqu'il faille bien se rapporter à ce moment-là pour juger de la validité du mariage. Or, les époux peuvent partir en voyage de noces et remettre leur installation

(1) Voir note 43 H. L. R. 1286 et l'article de Beale, 44 H. L. R. 501.

au moment du retour ; mais la question de savoir si les gens en voyage de noces sont mariés ou non, doit, en droit, recevoir une réponse nette. L'incertitude ne peut durer à volonté, car les parties sont mariées ou ne sont pas mariées au sortir de leur cérémonie, et pour trancher la question il faut se reporter définitivement à ce moment-là une fois pour toutes.

La seconde solution — loi du domicile du mari — a l'avantage de la simplicité et de la certitude ; mais elle n'a été consacrée par un tribunal américain qu'une seule fois, déjà bien lointaine (1). Elle ne peut être admise aujourd'hui en présence de la tendance des Américains de ne plus donner au mari la primauté dans la société conjugale. L'Etat du domicile de la femme est intéressé à l'application de sa propre loi au *status* de sa ressortissante, afin de faire prévaloir ses propres notions sur les règles qu'il convient de donner au mariage. Son intérêt est aussi respectable que l'intérêt de l'Etat du domicile du mari. Entre ces deux prétentions absolument égales, il est impossible de faire bon marché de l'un en faveur de l'autre.

Nous pouvons discuter ensemble les troisième et quatrième solutions — les lois des deux domiciles prises ensemble, et la loi de l'un quelconque de ces deux domiciles prise séparément. On s'aperçoit que si on décide que le mariage doit se conformer aux exigences des lois des deux domiciles ensemble, il en résulte que l'Etat ayant la loi la plus stricte impose sa loi à l'autre Etat. Par contre, s'il suffit que ce mariage se conforme à une seule de ces deux lois, la conséquence en est que l'Etat

(1) State c. Ross, 76 N. C. 242 (1877), cité dans 44 H. L. R. 501.

ayant la loi la plus libérale impose sa loi à l'autre. Ces résultats opposés montrent l'insuffisance des deux critères dont ils procèdent. Il est donc impossible de faire un choix basé sur le domicile seul, et, par conséquent, il faut tenir compte de considérations plus générales. Ce sera, par exemple, le souci de favoriser le mariage et l'on choisira la quatrième solution (1) — application de la loi de l'un quelconque des deux domiciles prise séparément. Au contraire, si l'on désire étendre les empêchements légaux au mariage, on choisira la troisième solution — l'application des lois des deux domiciles prises ensemble. Le juge est l'interprète des intérêts de l'Etat. En France, cet intérêt souvent proclamé par les autorités est de favoriser le mariage. En Amérique, on a moins de raisons de le faire. L'Amérique ne cherche pas à prendre part à la course à la natalité. Isolée de tous les dangers, mieux vaut qu'elle se contente de la bonne qualité, même aux dépens du nombre.

★ ★

(c) Nous allons supposer maintenant que la question soit portée devant le tribunal d'un troisième Etat.

Ce tribunal, plus que les deux autres, doit pouvoir établir une règle désintéressée. Le *status* d'un de ses domiciliés n'est pas en question, et il n'a pas à valider l'action des fonctionnaires de son ressort, qui ont prêté leur ministère pour célébrer le mariage. Quelle que soit la théorie adoptée parmi celles qu'on vient de distinguer, il n'est pas question pour lui d'appliquer sa pro-

(1) Telle est la tendance générale dans la jurisprudence américaine. Voir *People c. Siems*, 198, Ill. 342 (1916) et note 22 H. L. R. 439 (1909) et l'article de Beale, 44 H. L. R. 501.

pre loi. C'est en toute liberté qu'il doit choisir seulement entre la loi du domicile et la *lex loci celebrationis*.

Cependant, la jurisprudence dominante est, dans ce cas, en faveur de l'application de la loi du lieu de la célébration (1). Le tribunal s'attache à la maxime « ce qui est bon au lieu de la célébration est bon partout ». S'il prend en considération la loi du domicile, ce n'est que dans le cas de remariage d'un divorcé, et encore n'y a-t-il là qu'un moyen de s'assurer qu'au moment du remariage le divorce dans l'Etat du domicile est définitif — le tribunal veut s'assurer que le mariage, dont la validité est en question, n'est pas entaché de bigamie. Et même, si dans ce cas on propose la loi du domicile comme loi souveraine compétente, le tribunal la rejette en observant que cette loi ne pouvait pas avoir une force extraterritoriale (2).

Si telle est la jurisprudence dominante il faut toutefois signaler que l'opinion contraire est soutenue par une minorité qui va s'augmentant. Cette opinion est en faveur de la loi du domicile (3).

(1) Bauer c. Abrahams, 1923, 75 Colo. 509, 216 Pac. 259 ; Goodwin c. Goodwin, 1913, 158 App. Div. 171, 142 N. Y. Supp. 1120 ; People c. Woodley, 1913, 22 Cal. App. 674, 136 Pac. 312. Dans ces trois cas, la loi du domicile a interdit le remariage des divorcés. Les tribunaux dans tous les cas ont validé le remariage célébré dans un autre Etat malgré cette prohibition en s'appuyant sur la *lex loci celebrationis* ; Roberts c. Ogdenburg, 1884, 34 Hun. (N. Y.) 324 : remariage avec le complice d'adultère dans un autre Etat.

(2) 16 Minn. L. R. 172.

(3) Hall. c. Industrial Commission, 1917, 165 Wis. 364, 162 N. W. 312, L. R. A. 1917 D 829, note. Dans ce cas, l'Etat du tribunal et l'Etat du domicile avaient tous les deux adoptés la loi uniforme contre la fraude en mariage ; Meisenhelder c. Chicago, etc., Ry. 1927, 170 Minn. 317, 213 N. W. 32 avec note dans 26 Mich. L. R. 327,

Tel est le droit positif d'aujourd'hui. Les différents Etats ne sont pas d'accord sur le principe qui doit régir la validité du mariage. Pour la plupart, ils acceptent la loi du lieu de célébration, ne voyant dans le mariage qu'un contrat qui n'est pas plus gros de conséquences qu'un autre. La réaction en faveur de la loi de domicile, qu'elle soit d'origine jurisprudentielle ou légale, se base principalement sur la nécessité de protéger la loi locale et d'empêcher les fraudes à son encontre. La plupart des juristes ne se sont pas encore aperçus de toute la valeur d'un principe unique qui sauvegarderait les intérêts de la communauté dans laquelle les époux sont appelés à passer leur vie.



Pour nous, entre la loi du domicile et la loi du lieu de la célébration, le choix doit se porter sur la première. Nous essayerons de justifier ce principe.

En premier lieu, il faut, à notre avis, renoncer à baser le choix de la loi du domicile sur la théorie de la territorialité des lois.

Il y a une tendance, surtout parmi les auteurs européens, à supposer que la théorie de la territorialité des lois est à la base de toutes les notions américaines sur le conflit des lois. On a tendance à s'appuyer sur cette théorie pour tout expliquer, et quand elle fait défaut, on parle d'« exceptions ». Telle est la manière d'expo-

1928 : mariage célébré au Kentucky par des personnes domiciliées dans l'Illinois, annulé par le tribunal du Minnesota qui a appliqué la loi du domicile. Voir note 16 Minn. L. R. 172 ; *People v. Shaw*, 1913, 259 Ill. 544, 102 N. E. 1031, L. R. A. 1915.E 87, 13 Minn. L. R. 556, note.

ser le droit américain du conflit des lois qu'a employée Wigny (1). A notre avis, ce point de vue est trop simple. Il résulte du désir de l'esprit humain de simplifier, de réduire tout à un seul principe facile à retenir. Mais en droit on n'est nullement obligé d'être moniste.

La théorie de la territorialité suppose un territoire bien limité dans l'espace, et une chose, une personne, ou un rapport de droit qui occupe une position physique en dedans du territoire et qui est régi par sa loi. Quand on cherche à appliquer la théorie de la territorialité au *status* de mariage on rencontre immédiatement des difficultés.

Si on suppose que le *status* a une position dans l'espace là où se trouvent les prétendus époux, cette théorie fera régir le *status* par la loi du territoire quelconque où se trouvent ces personnes à un moment donné. Si elles voyagent, elles seront ici mariées et là célibataires, selon la loi du territoire où elles se trouvent. La situation serait encore plus compliquée si les deux époux se trouvaient par hasard sur deux territoires différents. Un tel résultat est impossible à admettre, car il est absolument contraire à la nature de ce *status*, qui doit être essentiellement permanent (2).

Afin de conserver le caractère permanent du *status*, certains auteurs et certains tribunaux font appel à une fiction : à savoir que le *status* est une *res*, une chose qui est située au domicile des parties (3). Mais on n'explique rien ainsi, car dire que la position de la *res* est

(1) Wigny, p. 97, 98.

(2) Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, p. 366.

(3) *People v. Baker*, 76 N. Y. 78 (1879).

au domicile des parties est une affirmation toute gratuite.

Mieux vaut laisser de côté la fiction pour reconnaître que le *status* est une création de la loi. Ce *status* est donc intangible et sans position possible dans l'espace. S'il en est ainsi, il faut renoncer à la théorie de la territorialité pour résoudre la question de la loi compétente.

Mais, au contraire, on peut justifier le principe de la compétence de la loi de domicile par la considération que l'Etat du domicile est le plus intéressé à la question. Nous examinerons plus tard pourquoi cette loi est à préférer à la loi nationale. Ici nous voulons démontrer que cette loi est plus intéressée que la *lex loci celebrationis*.

Les habitants d'un lieu, ceux qui y sont établis d'une façon permanente ont leurs conceptions propres du mariage. Ces conceptions, dans tous les Etats civilisés, se cristallisent en règles juridiques. Ces habitants ont le droit, plus que les habitants de tout autre lieu, de déterminer si ceux qui viennent s'établir parmi eux, sont oui ou non en accord avec les mœurs établies, et s'ils sont mariés ou non. Si un polygame oriental traverse le territoire en voyage, peu leur importe. Mais si cet Oriental désire fixer son domicile sur le territoire, ses voisins sont en droit de lui demander de se conformer à leurs lois sur le mariage.

La compétence de la loi du domicile fait du chemin devant le for parlementaire et judiciaire. Au cours de ces dernières années, les auteurs les plus qualifiés l'ont également adoptée (1).

(1) Goodrich, p. 256 et suiv. MM. Beale, Laughlin, Guthrie, Sandomire, *Marriage and the Domicil*, 44 H. L. R. 501. Cet article, en

*
*
*

Nous proposons donc, comme principe, la compétence de la loi du domicile pour régler les questions de fond. On peut se demander s'il ne sera pas bon aussi de régler la forme par la même loi. Cette question est plus à étudier pour les Etats-Unis que pour d'autres pays, car, ainsi que nous l'avons vu, les formes du mariage, dans à peu près la moitié des Etats, peut se réduire au simple échange de volontés, ce qui, dans les autres Etats, apparaît comme une disposition inadmissible ou même odieuse. Nous ne croyons pas cependant pouvoir adopter cette idée. Si on l'adoptait, il faudrait que les célébrants du mariage, dans un Etat donné, tinsent compte de la forme de la cérémonie dans les autres Etats. Evidemment, cela est impossible. Et puisque les célébrants de mariage ne peuvent pas suivre les formes d'une loi autre que la leur, il sera nécessaire, pour respecter cette règle, que les époux se marient toujours dans l'Etat de leur domicile. Or, à cela il y a des obstacles particulièrement sérieux aux Etats-Unis. Il se trouve parfois que les personnes voulant se marier sont éloignées de leur domicile pour un temps assez long. Ainsi, le jeune homme mineur qui vit dans une université de l'Est pendant l'année scolaire serait obligé de faire cinq jours de chemin de fer pour célébrer son mariage en Californie, l'Etat du foyer de ses parents. L'ingénieur qui dirige les travaux de réparation au Canal du Panama serait obligé de retourner à New-York, etc. Les cas

raison de l'autorité de ses auteurs, aura une grande influence pour ramener les dissidents à cette thèse dans l'avenir.

sont nombreux où une telle règle entraînerait des frais inutiles et une gêne telle que les gens y renonceraient souvent pour vivre en union libre. Il faut donc laisser la réglementation de la forme à la loi du lieu de célébration.

Dans le système préconisé ici il faut donc pouvoir séparer nettement ce qui est forme de ce qui est fond. Nous le ferons en répondant à la question : « Le mariage est-il possible dans l'Etat de domicile admettant que les intéressés se plient aux formes usitées dans ce lieu pour célébrer leur mariage ? » S'il y est possible, il peut se célébrer ailleurs sous toutes les formes — même par simple consentement suivant la doctrine du mariage de *common law*. S'il n'est pas possible dans l'Etat de domicile il doit être impossible partout.

Ainsi tomberont dans la catégorie des règles de fond toutes les prohibitions concernant le mariage entre personnes de couleurs différentes, l'inceste, la polygamie, la complicité d'adultère, le remariage des divorcés, la minorité. Ajoutons ici également la question de mariage de deux personnes du même sexe, l'impuissance, toute la réglementation eugénique. Dans la catégorie des règles de forme se placeront la nécessité d'une licence, le caractère religieux ou civil de la cérémonie, le choix des célébrants, la nécessité des témoins, etc.

Que doit-on décider quant au consentement des parents ? Il nous semble que cette considération se classe parmi les règles de fond. En effet, si le mariage n'est pas possible dans l'Etat du domicile, pourquoi admettre que les mineurs puissent échapper au contrôle de leurs parents en franchissant une frontière ? Ceci est d'autant plus essentiel que les lois exigeant le consen-

tement des parents, en Amérique, sont très libérales. Elles ne l'exigent que pour des mineurs vraiment très jeunes.



Dans le chapitre relatif aux questions préliminaires nous avons noté que la Constitution américaine contient un article selon lequel « toute foi et créance doivent être « accordées dans chaque État aux *actes publics, archives (records), pièces judiciaires* de tous les autres « États... » Nous devons nous demander maintenant quelle est l'influence de cette clause sur le conflit entre les lois des divers États.

Nous avons déjà étudié cette clause en ce qui concerne les « pièces judiciaires » (*judicial proceedings*) et nous avons vu comment et dans quels cas un État, en vertu de cette clause, est obligé de reconnaître les jugements d'un État-frère. Ici nous chercherons quelle est l'influence de cette clause en ce qui concerne les « archives ».

Le mot « archives », qui est celui employé dans la traduction de la Constitution américaine par Mirkine-Guetzévitch, est le meilleur possible pour traduire le mot anglais « *records* » — meilleur certainement que l'expression « procès-verbaux » que Dareste a employée dans sa traduction. Mais il faut entendre archives dans son sens le plus général. Par « *records* » l'Américain entend non seulement les anciens titres, chartes, manuscrits et autres papiers concernant l'histoire, mais tous les papiers importants et officiels d'aujourd'hui comme d'hier que l'on conserve. L'idée centrale qu'évoque le

mot « *record* » est celle d'un document dans lequel on écrit un renseignement précieux ou la relation d'un fait important, document qu'on garde dans les bureaux de l'Etat pour le rendre impérissable.

Les actes de l'état civil seront certainement compris dans cette conception large du mot « *records* ». Quand deux personnes se marient dans un Etat, un bureau en prend acte. Il y a là donc, un « *record* » auquel tous les autres Etats doivent accorder « toute foi et créance ».

Qu'est-ce que cela veut dire au juste ? Si tous les Etats sont obligés d'accorder toute foi et créance aux actes de mariages mis par écrit dans les bureaux de l'état civil de chacun d'eux, est-ce que ce principe ne va pas mettre fin à tous les conflits concernant la validité du mariage ? Voilà la question essentielle que nous nous proposons d'étudier ici.

La seconde partie de la clause dite de pleine foi et créance donne un certain pouvoir législatif au Congrès en ces termes : « Le Congrès peut, par des lois générales, déterminer la manière dont ces actes, archives, pièces judiciaires, doivent être établis pour être probants ainsi que leurs effets. »

En vertu de ce pouvoir conféré par la Constitution, le Congrès vota la loi du 26 mai 1790 (1) selon laquelle les actes des assemblées législatives devaient être nécessairement authentiques lorsqu'ils étaient revêtus du sceau de l'Etat dont ils provenaient, et les *archives* et *pièces judiciaires* devaient être considérées comme authentiques lorsqu'elles étaient revêtues du sceau du tribunal

(1) *U. S. Statutes at Large*, t. I, p. 122.

qui en était l'auteur. Ainsi suivant cette première loi du Congrès l'expression « actes publics » était l'équivalent de *lois*, et les deux expressions « archives » et « pièces judiciaires » ensemble équivalaient aux *jugements* ou aux autres écrits venant d'un tribunal.

En 1804, le Congrès s'est aperçu que l'expression « archives » pouvait comprendre des écrits d'origine non judiciaire, et il a voté la loi du 27 mars 1804 (1) selon laquelle toutes archives et tous extraits de registres, ne relevant pas d'un tribunal mais tenus par un bureau public quelconque de tout Etat, auront force probante et seront admis auprès de tout autre tribunal ou bureau de tout autre Etat sur l'attestation de l'archiviste, revêtue du sceau de son bureau. (*All records and exemplifications of office books which are or may be kept in any public office of any state not appertaining to a court shall be proved or admitted in any other court or office in any other state by the attestation of the keeper of the said records or books and the seal of his office thereto affixed...*, etc.). Par cette dernière loi on voit très nettement que, dans la pensée du Congrès, ce mot « archives » peut comprendre toutes les pièces d'origine non judiciaire telles que les actes de l'état civil et en particulier les certificats de mariage (2).

En ce qui concerne la valeur et l'efficacité de ces pièces en dehors de leur Etat d'origine, chacune des lois ci-dessus a stipulé qu'il devrait leur être donné dans chaque Etat des Etats-Unis les mêmes foi et créance que

(1) *U. S. Statutes at Large*, t. II, p. 298.

(2) Ces deux lois sont encore en vigueur. Dans la refonte de 1874 elles sont devenues les articles 905 et 906 des « *Revised Statutes* ». Voir commentaire sur ces 2 lois dans 24 Ill. L. R. 389.

celles que leur donnent la loi et l'usage de l'Etat dont elles proviennent. (... *shall have such faith and credit given to them in every court and office within the United States as they have by law or usage in the courts or offices of the state from whence the same are or shall be taken*).

Il reste à préciser la portée de cette disposition. Nous commençons par la proposition que l'effet d'un certificat de mariage dans un Etat autre que celui de son origine a pour mesure celui que lui donnent la loi et l'usage de l'Etat d'origine. Quel est cet effet ?

On devrait, semble-t-il, trouver une jurisprudence plus ou moins abondante sur ce sujet. Tout au contraire, la question que nous étudions ici ne paraît pas avoir suscité de procès ni même de commentaire de doctrine. Il existe bien une jurisprudence sur l'effet des *judgments* en dehors de l'Etat d'origine, et, dans l'esprit du juriste américain moyen, telle est la limite pratique de la portée de la clause dite de pleine foi et créance. Si on lui pose nettement la question que nous discutons ici, il s'étonne comme devant une question étrange qu'il n'a jamais entendu discuter.

En fait, deux réponses apparaissent comme possibles. On pourrait dire que le certificat de mariage selon la loi et l'usage de l'Etat d'origine est créateur du *status* de mariage, et que par conséquent tous les autres Etats seront obligés de le reconnaître. Une telle interprétation finirait par anéantir tous les conflits. On pourrait dire, au contraire, que le certificat de mariage selon la loi et l'usage de l'Etat d'origine constitue une preuve que les deux intéressés sont passés par la cérémonie du mariage tel jour devant tel officier de l'état civil, etc.,

et que ce certificat en lui-même ne crée pas le *status* de mariage, ou tout au plus le crée seulement sur le territoire de l'Etat d'origine. Avec cette interprétation, nous ne serons pas plus avancés lorsqu'il s'agira d'éviter des conflits.

Nous croyons que cette dernière interprétation serait celle des tribunaux si la question vient à se présenter, et nous croyons aussi qu'elle est la seule admissible en principe.

En ce qui concerne les tribunaux, nous pouvons déjà entrevoir leur attitude dans une espèce : *State c. Rosenkrans* (1). Il s'agissait d'un dentiste qui soutenait qu'en vertu de son certificat d'aptitude émanant d'un Etat, il avait le droit d'exercer d'emblée dans un autre Etat. Il prétendait que son certificat d'aptitude était un « *record* » dans les termes de la clause dite de pleine foi et créance, et que par conséquent il avait les mêmes droits dans tous les Etats que ceux qu'il avait dans l'Etat qui lui avait donné ce certificat. Il fut débouté dans ses prétentions. Le tribunal observa qu'il suffisait, pour satisfaire à l'exigence de la clause dite de pleine foi et créance, d'admettre que son certificat d'aptitude lui donnait le droit d'exercer simplement sur le territoire de l'Etat qui le lui avait délivré. Certes, le cas *State c. Rosenkraus* est loin de trancher, de façon définitive, la question que nous discutons, car être dentiste et être marié sont deux choses évidemment différentes ! Mais le jour où une personne prétendra qu'elle est mariée

(1) 30 R. I. 374, 75 Atl. 491, 19 Am. Cas. 824, 1910, décision confirmée sans opinion par la Cour Suprême des Etats-Unis dans 225 U. S. 598.

dans l'Etat X en vertu de son certificat de mariage délivré par l'Etat Y en raison de l'effet de la clause dite de pleine foi et créance, le tribunal répondra que si l'Etat X admet que cette personne est passée par une cérémonie de mariage dans l'Etat Y et qu'il en résulte qu'elle est mariée dans l'Etat Y, c'est tout ce à quoi l'Etat X est tenu d'accorder pleine foi et créance.

Nous pensons que cette interprétation est la seule admissible en principe. Nous avons admis que les gens, pour des raisons de commodité, peuvent aller se marier là où ils voudront. D'autre part, la validité de leur mariage doit être appréciée selon la loi de leur domicile. Dans ces circonstances, le certificat de mariage ne peut jamais être autre chose qu'une preuve de la cérémonie. L'effet qu'a cette cérémonie sur l'état civil est aux risques et périls des parties. Le certificat ne fait pas naître le *status* de mariage, même dans l'Etat qui le délivre. Les fonctionnaires-célébrants du mariage ont pu se tromper. Il ne faut pas être plus royaliste que le roi. Un autre Etat ne sera pas obligé de prêter à ce certificat un effet *qu'il n'a peut-être pas* dans son Etat d'origine.

On doit conclure, de l'examen qui précède, que la clause dite de pleine foi et créance n'a pas pour conséquence d'uniformiser les effets de la cérémonie de mariage. Cette cérémonie peut avoir pour résultat la naissance du *status* de mariage dans un Etat et non dans un autre. La pleine foi et créance qu'on doit accorder partout au certificat, en vertu de la Constitution, ne change nullement l'effet original de ce certificat — qui est, et qui n'est pas plus qu'une preuve que deux personnes ont passé par la cérémonie, réserve faite en *tous lieux* de ses effets.



Nous avons supposé jusqu'ici que le conflit des compétences législatives concernait deux Etats de l'Union américaine. Nous devons nous demander maintenant si la question sera réglée autrement quand le conflit a lieu entre un Etat américain et un pays étranger. En général, les tribunaux ne font aucune distinction entre ces deux espèces de conflits. Ici, comme avant, nous trouvons la même opposition, les uns étant en faveur de la *lex loci celebrationis*, les autres en faveur de la loi du domicile.

Cependant, dans ces conflits avec le monde extérieur on rencontre plus souvent des cas où le principe de l'ordre public a un rôle à jouer. Entre Etats américains il est rare qu'un tribunal refuse de reconnaître un mariage par cela seul que ce mariage est en opposition avec les notions locales reçues. Mais, en ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger, le tribunal se trouve parfois devant des situations tout à fait étranges et inconnues.

En général, les tribunaux américains se montrent très libéraux dans ce cas. Une espèce typique est celle de *Kapigian c. Der Minassian* (1), où la Cour Suprême Judiciaire du Massachusetts appliqua une disposition de la loi turque suivant laquelle la conversion au mahométisme d'un seul des deux époux chrétiens, opère de plein droit dissolution du mariage, de sorte que l'autre époux se trouve libéré des liens conjugaux et a le droit de convoler en secondes noces.

Les tribunaux ont souvent reconnu la validité des

(1) 212 Mass. 412, 99 N. E. 264, 1912. Note *Clunet* 1913, p. 1341.

mariages des polygames à seule fin de pouvoir admettre le droit des héritiers (1), et même les polygames orientaux ne seraient en butte à aucune difficulté en passant temporairement sur le territoire américain (2), mais le cas devient douteux si ce polygame s'y établit avec ses femmes. Les tribunaux ont maintes fois reconnu les mariages sans formes des Peaux-Rouges (3). Ces mariages sont régis par la coutume de la tribu, tant que les personnes intéressées vivent dans ce milieu. La plupart de ces coutumes conçoivent le mariage simplement comme l'équivalent de la cohabitation. Il se forme par l'entrée en ménage et se dissout par la séparation effective des époux. Parfois la polygamie est prévue.

★ ★

Un problème spécial se présente lorsqu'il s'agit de savoir quelle est la loi compétente pour déterminer la validité d'un mariage célébré en haute mer. Suivant la jurisprudence dominante c'est la loi du domicile du propriétaire du bateau (4). Le bateau est conçu comme un îlot du territoire où habite le propriétaire. Dans un certain nombre de cas, les juges se sont prononcés en faveur de la compétence de la loi du pavillon. Le navire arbore toujours le pavillon de l'Etat où il est enregistré.

(1) *Royal c. Cuhady Packing Co*, 195 Iowa 759, 190 N. W. 427 ; Goodrich, p. 268.

(2) « Si un Turc ou un Hindou voyage dans ce pays avec sa femme « ou réside ici temporairement, nous n'hésiterons pas à reconnaître « leur *statut conjugal* ». *Dictum* dans *Polydore c. Prince*, Fed. Cas. 11,257, *Lorenzen, Cases on Conflicts of Law*, 2^e édit., p. 609.

(3) Goodrich, p. 271.

(4) *Fisher c. Fisher*, 250 N. Y. 313, 165 N. E. 460 (1929) ; notes dans 38 *Yale L. J.* 1129 et 13 *Minn. L. R.* 725. La dernière note a colligé un grand nombre de cas dans ce sens.

de sorte que cette règle donne compétence à un des Etats et non aux Etats-Unis où il n'y a pas de loi générale sur le mariage.

La compétence de la loi du pavillon est adoptée par le Restatement (1).



Un autre problème spécial se présente au cas de conflit entre la loi d'un Etat américain et celle d'un pays étranger. C'est la question du renvoi.

Il existe quelques décisions dans lesquelles les tribunaux américains ont accepté la doctrine du renvoi, parfois inconsciemment et toujours sans une discussion adéquate (2). Le seul « case » qui ait étudié la question plus au fond a rejeté le renvoi (3).

En Angleterre on trouve des décisions favorables et d'autres défavorables au renvoi (4) et il semble que ses racines en Angleterre remontent à la fin du XVIII^e siècle (5). Depuis cette époque, les décisions en faveur de cette doctrine ont été assez nombreuses pour qu'on la considère comme faisant partie du droit anglais (6).

(1) Article 46.

(2) *In re Lando's Estate*, 127 N. W. 1125 ; *Harral c. Harral*, 51 Am. Rep. 17 ; *In re Wurtz*, 43 N. Y. 556, citations dans Clunet 1914, p. 1005. Voir aussi Potu, p. 133-134.

(3) *Matter of Tallmadge*, 109 Misc. Rep. 696, 181 N. Y. Supp. 336 ; Lorenzen, *Cases on the Conflicts of Law*, 2^e édit., p. 834. Notes dans 29 Yale L. J. 214 et 19 Col. L. R. 496.

(4) Pierre Louis-Lucas, *La Doctrine du Renvoi dans le Droit International Privé*, dans le *Répertoire du Droit International* de La Pradelle et Niboyet.

(5) Potu, *La Question de Renvoi*, thèse, Dijon 1913, p. 121.

(6) Goodrich, p. 25, Bentwich, *La Théorie du Renvoi dans la Jurisprudence Anglaise*, Clunet 1912, p. 716-728.

En Amérique, malgré les quelques décisions qui ont accepté le renvoi, on ne peut pas encore se prononcer définitivement. Il semble que les tribunaux américains ont moins un sentiment favorable ou défavorable au renvoi comme tel qu'une opinion fondée sur son utilité pratique. Ils seraient disposés à l'utiliser pour atteindre un but particulier, par exemple pour valider un mariage. Ils hésitent beaucoup à annuler un mariage contracté de bonne foi, surtout quand la légitimité des enfants est en jeu. En présence d'un cas où l'acceptation de la doctrine du renvoi entraînerait la validation du mariage, la tendance sera de l'accepter sans discuter, comme il conviendrait de le faire, le fondement théorique de la doctrine. M. Lorenzen dit que le renvoi pourra bien être adopté de nouveau en Amérique pour favoriser un but particulier de cette sorte, mais il ne croit pas qu'il y prenne pied (1).

Les auteurs américains, contrairement à ce que font les tribunaux, discutent beaucoup le problème de renvoi. Tous, ou peu s'en faut, se prononcent contre son adoption (2).

En réalité, il faut avouer que les magistrats des deux côtés de l'Atlantique ont des raisons spéciales pour adopter le renvoi. Nous avons dit que les magistrats américains l'adoptent ou ne l'adoptent pas selon qu'il sert à leur donner un résultat spécialement désirable dans

(1) Lorenzen : *Répertoire de Droit International* de La Pradelle et Niboyet, tome VI, p. 285, traduction de Goulé.

(2) Beale, *Treatise*, p. 76 et suiv., Goodrich, p. 23 et suiv., Lorenzen, 10 Col. L. R. 190 et 327, et 27 Yale L. J. 509, Schreiber, 31 H. L. R. 523, Abbot, 24 Law Quarterly Review 133, Notes : 2 Mich. L. R. 236, 27 Yale L. J. 1046 et 31 Yale L. J. 191.

chaque espèce. A en croire un des auteurs des plus qualifiés en la matière, les magistrats français ne seraient pas fondés à leur jeter la pierre. Cet auteur nous dit : (1) « Nous constatons que grâce au renvoi, « c'est en fait la loi française que le juge français est « amené à appliquer. Comment cela s'explique-t-il ? « Tout simplement par cette circonstance que le plus « souvent le renvoi institué par la législation étrangère « à laquelle on s'est référé est fait à la loi du domicile « de l'individu considéré. Et ce domicile se trouve nor- « malement être en France du moment que c'est un « tribunal français qui est saisi. En effet, étant donné « ce que sont nos règles de procédure ; ...si ce domicile « se trouvait à l'étranger, il est à croire que la justice « française se serait déclarée incompétente. On sent « donc, une fois de plus, que le renvoi est, bien plutôt « qu'une véritable doctrine juridique, un subterfuge « adroit qui permet d'uniformiser compétence législative « et compétence juridictionnelle en faisant que le tribu- « nal compétent puisse tenir sa propre loi pour com- « pétente, alors même qu'elle apparaissait comme avé- « rément incompétente. »

C'est donc ici, encore une fois, le point de vue réaliste d'un but particulier à atteindre qui domine. Le tribunal appliquera sa propre loi — c'est plus facile et plus naturel — et cela évite une besogne désagréable : l'application d'une loi étrangère.

★
★★

(1) Pierre Louis-Lucas dans le *Répertoire de Droit International* de La Pradelle et Niboyet, tome VI, p. 21.

Nous abordons maintenant la question des fiançailles. Il y aura à se demander en vertu de quelle loi se forment les fiançailles, et quel souverain en régit la rupture et détermine la manière de calculer les dommages-intérêts, s'il en est dû.

Formation des fiançailles :

Comme nous l'avons vu (1), les fiançailles, en droit américain, sont un contrat. Le droit américain, en ce qui concerne les contrats, est presque entièrement d'origine jurisprudentielle et ne diffère guère d'un Etat à un autre (2). La notion de *consideration* est remplacée dans la Louisiane par la notion de *cause*, mais, en ce qui concerne le contrat de fiançailles, l'application de l'une donnera le même résultat que l'application de l'autre.

Ces circonstances expliquent que les questions de conflits des lois en ce qui concerne les fiançailles restent plus ou moins à l'arrière-plan. Souvent un tribunal applique sa propre loi sans s'apercevoir que l'existence d'un conflit peut être en question. Cependant, certaines questions peuvent surgir autour de ce contrat comme autour de tout autre, et nous allons nous appliquer à les résoudre.

On peut supposer que le défendeur soutienne que le contrat de fiançailles n'a jamais existé pour des raisons de forme — que ce contrat n'a pas été mis par écrit, etc. — ou pour des raisons de fond — manque de capacité pour contracter, inexistence de la promesse ou tout au moins insuffisance dans les preuves ou dans

(1) Dans le chapitre sur les Fiançailles, *Institution Juridique*, *supra*, p. 130.

(2) Voir le *Restatement* du droit américain en matière de Contrats.

les présomptions que le jury peut retenir, invalidité du contrat en raison du fait que le mariage projeté est défendu par la loi. En cas de divergences entre les lois sur ces divers points, quelle loi sera applicable ?

★★

Pour la forme, nous avons vu dans la partie de ce travail consacré aux fiançailles (1), que dans la presque totalité des cas il n'en est exigé aucune. Ce n'est que dans le cas tout à fait exceptionnel, où la date du mariage est définitivement fixée à plus d'un an après la conclusion des fiançailles, que ces dernières doivent être mises par écrit. Ceci résulte de la loi sur les fraudes et les parjures, copiée, dans 43 Etats sur 48, sur le modèle de la vieille loi anglaise de 1676. A supposer que le conflit existe entre la législation d'un Etat où cette loi est en vigueur et celle d'un Etat où elle ne l'est pas, il faut déterminer laquelle des deux législations est souveraine en la matière. Malheureusement, la loi sur les fraudes et les parjures est rédigée de deux manières différentes dans les divers Etats. Dans les uns, la loi dit : « Aucune action ne peut être intentée au sujet d'un « contrat qui stipule que son exécution sera reportée à « plus d'une année après sa formation, à moins que le « contrat... soit mis par écrit.. », etc., tandis que le texte adopté par les autres Etats est : « Un contrat qui « stipule... », etc., « *ne sera valable* à moins que le « contrat ne soit mis par écrit... », etc. La loi, dans la première forme, est souvent interprétée comme un ordre du législateur aux tribunaux de rejeter toutes les actions basées sur un tel contrat. L'idée est que de telles actions facilitent les parjures et que les tribunaux ne doivent

(1) V. *supra*, p. 138.

pas y prêter leur ministère. Si une plaignante a le malheur de ne pouvoir assigner son ex-fiancé que dans un Etat dont la loi est ainsi formulée, et devant un tribunal qui lui donne cette interprétation, sa cause évidemment a peu de chances de triompher. La *lex fori* sera appliquée pour rejeter la demande, la validité du contrat n'étant pas contestée. Si le défendeur reste toujours dans cet Etat, la plaignante se trouvera investie d'un droit purement théorique sans la possibilité de le mettre en valeur.

Mais les tribunaux d'autres Etats interprètent cette loi, même rédigée de la première manière, comme invalidant le contrat lui-même. Dans ce cas, nous retrouvons la question du conflit des lois : quelle sera l'étendue de sa compétence ?

La jurisprudence et la doctrine américaine sont presque unanimes et donnent compétence, quant à la forme, à la *lex loci contractus* (1). Quelques tribunaux sont d'opinion que la forme doit être régie par la même loi que le fond, et dans ce cas ils ont à choisir entre les trois règles qui régissent le fond et que nous étudierons plus loin.

La compétence de la *lex loci contractus* est basée sur la théorie de la territorialité des lois. Ici, les Américains citent parfois la maxime *locus regit actum* mais moins souvent que les Français.

Puisque la compétence de la *lex loci contractus* pour régir la forme du contrat est admise généralement aussi en France (2), nous ne parlerons pas davantage de son fondement théorique.

(1) Story, Minor, Wharton, Lorenzen, Goodrich et Beale sont tous dans ce sens. Aussi l'article 355 du Restatement.

(2) Bartin, *Principes*, tome I, p. 177 et tome II, p. 94 ; Niboyet,



Nous en venons donc à la question de la loi compétente quant au fond.

En ce qui concerne la capacité de contracter, la règle adoptée presque partout aux Etats-Unis est que la capacité dépend de la *lex loci contractus* (1). La seule alternative serait la loi du domicile du contractant, car le droit américain n'a jamais accepté l'application de la loi nationale en cette matière pas plus qu'en aucune autre (2).

La règle de la *lex loci contractus* est appliquée indifféremment pour valider un contrat ou pour l'invalider. Ainsi un enfant, incapable selon la loi de l'Etat de son domicile, va dans un autre Etat où la loi interne permet aux enfants de son âge de contracter. Dans ce dernier Etat, il peut contracter valablement. Inversement, si l'enfant capable, selon la loi de l'Etat de son domicile, va dans un Etat dont la loi interne le rendrait incapable, il ne peut pas y contracter.

Pour justifier ce principe, on fait valoir des considérations pratiques. La règle énoncée est celle de tous les contrats. Dans un pays comme les Etats-Unis où les gens se déplacent très fréquemment, le système de la loi personnelle pouvait nuire à la sécurité des affaires. Le crédit public serait ébranlé si la validité des transactions, faites dans un Etat, pouvait sans cesse être mises

Manuel, p. 655 et suiv. ; *Surville*, n° 185 ; *Valery*, n° 385 ; *Weiss*, p. 585.

(1) *Goodrich*, p. 223. *Restatement*, article 354.

(2) La Louisiane applique la loi du domicile, 18 A. L. R. 1523 note,

en question par référence à une loi étrangère souvent inconnue du co-contractant (1).

Cette règle est contraire à toute la doctrine française, qui s'accorde à soumettre la capacité à la loi nationale (2). Elle est moins contraire à la pratique des Tribunaux français. Ces derniers appliquent l'article 3, paragraphe 3 du Code civil aux Français à l'étranger, mais refusent souvent de l'appliquer quand il s'agit d'un étranger qui a contracté en France (3). Il y a deux intérêts en opposition : la protection de l'incapable et la sauvegarde nécessaire des transactions courantes contre les aléas d'une loi étrangère difficile ou impossible à connaître au lieu de la formation du contrat. Pour les Américains, ce dernier intérêt est le plus important. Il faut remarquer que l'incapable est toujours protégé à un certain degré, car il a toujours le bénéfice d'une loi. Tant qu'il reste chez lui, cette loi sera la sienne, ce qui est le cas normal. Même quand il voyage, il a la protection de la loi du lieu où il se trouve, qui le protège parfois plus que sa propre loi, et en tout cas ne le laisse jamais sans protection.

Les auteurs français ne voient, en général, que le premier de ces deux intérêts. Mais il nous suffira de dire que la règle de l'article 3, § 3 du Code civil n'a pu résister à l'épreuve de la pratique et que les tribunaux fran-

(1) Wigny, p. 20.

(2) Bartin, Note Dalloz, 1898. II. 457 ; Despagnet, 5^e édition, p. 12 ; Niboyet, *Manuel*, p. 795 ; Surville, 7^e édition, n° 139-144 ; Valéry, n° 590 ; Weiss, p. 454.

(3) Cass., 16 janvier 1861, S. 1861, I, 305 ; Paris, 8 février 1883, D. 1884, II, 24 ; Paris, 20 mars, 1890, D. 1892, II, 79 ; Voir *Rev. de Dr. Int. Pr.* tome IV, p. 227.

çais ont dû l'abandonner quand la sécurité des transactions des citoyens français était en jeu.

En dehors de la question de capacité, certaines autres questions de fond peuvent surgir. Celle de savoir de quelles circonstances le jury peut déduire l'existence de fiançailles relève des questions de preuve et sera régie par la *lex fori*. Mais la validité essentielle du contrat de fiançailles restera toujours subordonnée à la validité éventuelle du mariage projeté. Deux personnes qui ne peuvent pas se marier ne peuvent pas se fiancer. Pour ces questions de validité essentielle quelle sera la loi compétente ?

Cette question a été très peu discutée devant les tribunaux. Mais il est probable qu'elle recevrait la même réponse pour le contrat de fiançailles que pour un contrat ordinaire.

En ce qui concerne les conditions essentielles de validité des contrats ordinaires, il existe une jurisprudence abondante. Elle est aussi bien confuse. Non seulement il y a une grande diversité entre les règles admises dans les différents Etats, mais le droit d'un même Etat révèle des décisions contradictoires. Trois règles principales ont été adoptées par les tribunaux : la loi que les parties ont adoptée dans leur contrat, soit expressément, soit implicitement, la *lex loci contractus* et la loi du lieu de l'exécution du contrat (1). Nous allons étudier chacune de ces règles.

(1) M. Beale, qui a examiné, avec soin, le Droit de tous les Etats à ce sujet, a compté en faveur de la première règle 7 Etats, de la deuxième, 5 Etats, et de la dernière, 11 Etats. Voir son article dans 23 H. L. R. 207.

Loi que les parties ont choisie : Cette règle, en faveur dans la jurisprudence française, est basée sur la théorie de l'autonomie de la volonté formulée par Dumoulin. L'Amérique n'a jamais eu un Dumoulin et on rechercherait en vain cette théorie dans les livres de droit américains. Certes, on peut diviser les lois et les principes d'origine jurisprudentielle de droit américain en deux parties : impérative d'une part et facultative ou supplétive de l'autre, comme on le fait en France. En Amérique, on proclame la liberté des conventions, et, selon l'interprétation donnée au quatorzième amendement de la Constitution fédérale, ce principe est même garanti comme un des plus essentiels. Mais par là on veut dire simplement que les parties sont libres de contracter comme bon leur semble dans les limites que la loi permet. Les lois et le *common law* déclarent une multitude de contrats illicites et impossibles (1). On peut contracter librement, mais toujours sous réserve de la loi qui est applicable selon la science du conflit des lois. Les parties ne peuvent pas éviter l'exception de jeu par exemple en disant dans leur contrat, même de la manière la plus formelle, qu'elles choisissent la loi d'un pays lointain où les contrats de jeu sont licites.

Il s'agit des limites à l'autonomie de la volonté. Mais choisir la loi compétente est faire acte de souveraineté. Il faut la même autorité pour faire une loi et pour déterminer sa sphère d'application (2). Les parties ne peuvent pas se constituer, même en vue d'une convention particulière, en assemblée législative — à moins d'être

(1) Cf. chapitre sur *Illegal Contracts* dans le tome III de Williston on *Contracts*.

(2) Wigny, p. 80.

habilitées par un pouvoir souverain. Il nous semble même impossible de tirer par interprétation de l'article 1134 du Code civil une telle habilitation. Cet article ne dit pas que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elle dit que les conventions *légalement formées* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Les mots « légalement formées » soumettent les conventions à la loi. A quelle loi ? Evidemment à la loi désignée par la science du conflit des lois (1).

Malgré ce que nous venons de dire, la loi, que les parties ont choisie, est appliquée par un certain nombre de tribunaux américains (2). Mais il n'y a pas de cas où un tribunal ait laissé aux parties une véritable liberté de choix. Si elles choisissent une loi qui a une relation substantielle avec le contrat, le tribunal respectera ce choix, mais s'il en est autrement, il ne l'admettra pas.

Quelle que soit, d'ailleurs, la valeur de cette règle pour les contrats ordinaires, nous ne croyons pas pouvoir l'adopter pour le contrat de fiançailles. Il serait bien singulier que les parties aient une intention quelconque dans ce cas. Leurs préoccupations sentimentales excluent évidemment tout choix d'une loi destinée à transformer en contrat valable ce qui n'est pour le

(1) Nous sommes content de voir ce raisonnement, connu depuis longtemps aux juristes américains, reproduit par un auteur français. M. Niboyet (dans son *Manuel*, p. 792) dit : « Il existe (en droit interne et en droit international) une place réservée à la *liberté des conventions* des parties, mais toujours dans la mesure où la loi le permet. Il n'y a pas d'*autonomie* de la volonté au sens où ce mot a souvent été entendu, c'est-à-dire d'un pouvoir des parties de faire œuvre de législateur et de choisir parmi les diverses législations celle qui les régira. »

(2) C'est la règle dominante en Angleterre.

moment qu'un bonheur projeté. Et si, par la suite, les magistrats s'avisent de parler de leur choix « implicite » de loi, ils parleraient, à notre avis, d'une fiction et non de la réalité.

La *lex loci contractus* : — Cette règle est en faveur auprès de la plupart des auteurs (1), et elle a été adoptée par le Restatement (2). Elle a des avantages incontestables. Elle subordonne la forme et le fond à une même loi, ce qui simplifie beaucoup. Elle est en conformité directe avec la théorie de la territorialité des lois, qui est chère aux Américains. Ce serait elle qui transformerait le simple accord des volontés en un contrat ayant des conséquences juridiques.

A cette raison théorique s'ajoute une considération pratique. Dans le cas des contrats ordinaires, cette loi est plus facile à observer. Avant de signer une convention, les personnes prévoyantes consultent un homme de loi. Ordinairement, elles demandent conseil à un avocat du lieu où elles se trouvent. Cet avocat est particulièrement expert dans la loi de son pays et peut, s'il s'agit de sa propre loi, les conseiller en bonne connaissance de cause. Le législateur, au lieu de tendre un piège à l'activité des individus, doit, au contraire, favoriser la prévoyance. Ainsi l'application de la *lex loci contractus* offre aux parties diligentes le maximum de sécurité (3).

Quand on applique toutes ces considérations au contrat de fiançailles, on voit qu'elles ont beaucoup moins

(1) Beale, 23 H. L. R. 1, 79, 194 et 260. Goodrich, p. 229. Pillet et Niboyet, *Manuel*, p. 588.

(2) Article 353.

(3) Wigny, p. 112.

d'importance. Ce contrat n'est pour ainsi dire jamais écrit, et à son égard on ne consulte jamais un avocat. Deux personnes se fiancent dans un moment de transport ; peu leur importe et peu doit nous importer aussi si la lune, qui seule est témoin de leur foi promise, brille sur le territoire d'un Etat donné plutôt que sur un autre. Le lieu de la promesse de mariage est tout à fait accidentel.

Loi du lieu de l'exécution du contrat : — Dans les contrats ordinaires, cette règle est la plus en faveur avec les tribunaux. La loi du lieu de l'exécution a, de toutes, la plus substantielle relation avec le contrat, et il semble que l'Etat du lieu de l'exécution serait le plus intéressé à sa validité.

Cependant, on rencontre des difficultés pratiques. Il se trouve, souvent, que l'exécution d'un contrat ordinaire a lieu dans plusieurs Etats — par exemple le contrat de transport. Ou bien le contrat peut demander une exécution particulière de chacun des contractants dans des Etats différents. Dans ce cas, il n'aura pas de raison de choisir la loi d'un de ces Etats plutôt que l'autre. En raison de ces difficultés, cette règle est souvent impraticable.

Mais quand on songe à appliquer cette règle aux fiançailles, ces difficultés disparaissent. Il n'y a pas deux exécutions de ce contrat, mais une seule. L'exécution du contrat des fiançailles est la cérémonie du mariage. Cette cérémonie n'est pas échelonnée dans le temps et a lieu à un endroit fixe. Donc, les difficultés pratiques qui s'opposent à l'application de la règle aux contrats ordinaires n'existent pas quant au contrat des fiançailles.

Mais avant d'accepter cette règle pour le contrat de

fiançailles, examinons-la d'un peu plus près. La règle, appliquée aux contrats ordinaires, est basée sur la considération que l'Etat du lieu d'exécution est le plus intéressé, que c'est sa loi qui a la relation la plus substantielle avec le contrat. Mais dans le contrat des fiançailles il en va tout autrement. Ce contrat s'exécute par le mariage-cérémonie. Mais l'Etat du lieu de la cérémonie, comme tel, n'est pas intéressé. Nous connaissons les habitudes des Américains à cet égard. Ils se marient ici ou là pour des raisons sentimentales, pour des raisons de commodité, etc. La cérémonie achevée, ils peuvent ne rester sur le territoire de l'Etat que le temps nécessaire pour prendre le prochain train. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de tenir compte de la loi de l'Etat du lieu d'exécution.

En définitive, il faut remarquer que le contrat de fiançailles est étroitement lié au mariage lui-même. En dehors de la forme et de la capacité que nous avons traitées plus haut, il y a très peu de causes possibles de nullité d'un contrat de fiançailles, si ce n'est le fait que le mariage projeté sera impossible. Le libre consentement existe ou n'existe pas ; c'est une question de preuve et partout la preuve relève de la *lex fori*. La doctrine de la *consideration* est sans importance dans ce contrat, car on ne saurait concevoir une promesse d'un côté sans une même promesse de l'autre. Donc, toutes les difficultés se ramènent à savoir si les fiançailles sont sans valeur juridique en raison de l'impossibilité du mariage en question du point de vue de la loi.

Pour répondre à cette question de validité essentielle nous croyons que la loi applicable doit être la même que celle applicable à la validité du mariage lui-même.

Par la force même des choses, l'Etat qui est le plus intéressé au mariage est le plus intéressé au contrat de fiançailles. Le lieu de ce contrat et le lieu de la cérémonie de mariage, considérés comme tels, n'ont pas de relation substantielle avec lui. Ces deux lieux sont purement accidentels.

Quand nous disons qu'il faut appliquer aux fiançailles la loi qui détermine la validité du mariage, nous voulons dire par là, la loi du domicile des parties. Toute autre loi serait impraticable. La question ne se posera que dans le cas où il y aurait rupture de fiançailles, suivie d'une action en dommages-intérêts. On ne peut donc pas choisir la loi du lieu de célébration de mariage, car par hypothèse, le mariage n'a jamais eu lieu. Si même on s'en tient à la loi du lieu où les parties avaient l'intention de célébrer leur mariage, ce lieu ne sera que très rarement fixé d'avance.

Il faut donc conclure que la loi applicable est celle du domicile, en premier lieu parce que c'est la seule qui soit bien déterminée, et, en second lieu et surtout, parce que la loi du domicile est celle qui, en principe, doit décider de la validité du mariage, pour les raisons que nous avons indiquées en étudiant cette question (1).



Nous en avons ainsi terminé avec la question de la loi applicable à la formation des fiançailles. Abordons maintenant la question de savoir quelle loi s'applique à l'exécution de ce contrat et au calcul des dommages-intérêts en cas de rupture

(1) V. *supra*, p. 371.

A vrai dire, cette question n'a pas beaucoup d'importance pratique. La loi américaine est à peu près uniforme partout, et il est bien rare qu'un conflit surgisse. Dans la jurisprudence relative à la rupture des fiançailles on trouve très peu de discussions sur ce sujet. En fait, la plupart des tribunaux appliquent leur propre loi, car il n'y a pas de différence essentielle entre elle et toute autre loi qu'il serait possible d'appliquer.

Cependant, il faut décider la question en principe. Dans le deuxième chapitre de la partie relative aux fiançailles, nous avons étudié certaines questions qui concernent l'exécution du contrat de fiançailles. Or, les lois des divers Etats peuvent être plus ou moins divergentes sur la question de savoir quel motif de rupture sera recevable. Et le contrat, parfaitement licite au moment de sa formation, peut devenir illicite avant son exécution. Comme exemple on peut supposer que les fiancés sont cousins germains et qu'après leurs fiançailles une loi nouvelle de l'Etat où ils ont l'intention de se marier interdit le mariage entre cousins germains. D'autre part, les faits générateurs de dommages-intérêts de fondement délictuel peuvent varier d'un Etat à un autre ; dans deux Etats, le principe des dommages-intérêts punitifs n'existe pas, mais il existe dans tous les autres. Il y a donc là un ensemble de questions qui peuvent faire surgir des conflits, et nous devons nous demander quelle est la loi compétente.

On est d'accord d'une façon générale, en Amérique, pour soumettre ces questions à la loi du lieu d'exécution du contrat (1). Pour le démontrer, on ne peut mieux faire

(1) Goodrich, p. 245 et suiv. Article 385 du Restatement. M. Lorenzen s'est séparé des autres sur certains points. Voir son article,

que traduire certains articles du Restatement relatifs à ce sujet.

Article 385. — « On sera libéré de l'obligation en se
« conformant à la loi du lieu d'exécution en ce qui
« concerne la manière d'exécuter, le moment et le lieu
« d'exécution... la suffisance de l'exécution... ».

Article 387. — « Si l'exécution est illicite selon la loi
« du lieu de l'exécution, l'obligation d'exécuter cesse tant
« que l'exécution reste illicite... ».

Article 396A. — « La loi du lieu d'exécution déter-
« mine s'il y a rupture ».

Article 396D. — « La loi du lieu d'exécution crée
« le droit aux dommages-intérêts, et en détermine le
« montant ».

Tous ces principes s'appliquent facilement aux contrats commerciaux, mais leur application au contrat de fiançailles est malaisée à cause de l'incertitude qui pèse sur la question de savoir où est le lieu d'exécution. Or, le Restatement à cet égard nous donne les règles générales suivantes :

Article 384. — « Le lieu d'exécution est l'Etat où la
« promesse doit être exécutée en vertu d'une clause
« expresse du contrat ou en vertu de l'interprétation
« qu'on peut donner au texte de la promesse ».

Article 384 A. — « En l'absence d'une clause expresse,
« ou de circonstances indiquant une intention contraire,
« la promesse doit être exécutée au lieu de la forma-
« tion du contrat... ».

Validity and Effects of Contracts in the Conflicts of Laws, 31 Yale L. J. 69 et suiv.

Sans doute un tribunal américain devant qui ce problème se présente, essayera d'appliquer ces principes. Le juge sera appelé à se demander où les fiancés ont eu l'intention expresse ou implicite de se marier. Mais nous savons déjà combien ce lieu a peu d'importance dans l'esprit des intéressés. Ils le choisissent pour des raisons sentimentales. On peut donc se demander si vraiment il faut tenir compte du lieu de la cérémonie. Ce lieu est aussi accidentel que le lieu où ils se sont fiancés. Pour ces raisons nous sommes en faveur de l'application de la loi du domicile des parties. Cet Etat, qui est plus intéressé que tout autre au mariage de ses domiciliés, doit être compétent pour donner une réponse aux questions qui concernent l'exécution du contrat de fiançailles aussi bien que pour régir la validité de ce contrat. Le mariage est un sujet de première importance pour les habitants du lieu où l'intéressé a son domicile, et il semble que les fiançailles, leur validité, la question de savoir si leur rupture est justifiée, et, sinon, le montant des dommages-intérêts qui sont dus, doivent intéresser ses habitants aussi. La réglementation de ces dernières questions fait partie de la réglementation du mariage dans le sens le plus large du mot. Les fiançailles ont un rôle social important à jouer. Pour qu'elles jouent ce rôle, il faut qu'elles soient subordonnées à la même loi que le mariage qui va en résulter. C'est seulement ainsi que l'Etat du domicile peut, du commencement à la fin, faire prévaloir ses propres conceptions sur le mariage.

En conclusion, on constate que les principes de droit américain sur le mariage restent singulièrement inefficaces, parce que, si un particulier ne s'accommode pas de ceux d'un Etat, il franchit une frontière et il réussit

ainsi à éluder tout contrôle. Les principes que nous avons préconisés dans ce chapitre ont été inspirés par le désir à la fois de mettre de la clarté dans ce sujet extrêmement embrouillé, et de mettre fin à ce fléau qui infeste le sol américain : la fraude à la loi.

Bibliographie

- ASHLEY (Clarence D.). — *Conflict of Laws upon the subject of Marriage and Divorce*, 15 Yale L. J. 387, 1906.
- AUDINET. — *Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce*. Cours fait à La Haye en 1926. Recueil des Cours de La Haye, Tome I, Paris. Sirey.
- BATY. — *Capacity and Form of Marriage in the Conflicts of Laws*, 26 Yale L. J. 444, 1917.
- BEALE (Joseph H.). — *The Law of Capacity in International Marriages*, 15 H. L. R. 382, 1902.
- BEALE (Joseph H.). — *Marriage and the Domicil*, 44 H. L. R. 501, 1931.
- BEEDE (V. M.). — *Fleet Marriages*, 14 Green Bag 238, 1902, Boston, Boston Book C°.
- BENTWICH. — *La théorie du renvoi dans la Jurisprudence anglaise*, Clunet, 1912, p. 716-727.
- BLAKE (Henry T.). — *Judicial Tendancies in Impairment of Marriage Relation*, 10 Ill. L. R. 574, 1916.
- BRODIE (Innes J. W.). — *Some Curiosities of International Marriage Law*, 13 Ill. L. R. 183, 1918.
- CALEB. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, Thèse, Strasbourg, 1927.

- COOK (W. W.). — *The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflicts of Laws*, 31 Col. L. R. 368, 1931.
- COOK (W. W.). — *The Logical and Legal Basis of the Conflicts of Laws*, 33 Yale L. J. 457, 1924.
- DEAK. — *Conflict of Laws : Recent Developments concerning Marriage*, 27 Mich. L. R. 389 et 401, 1929.
- DESBOIS. — *La notion de fraude à la loi*, Thèse, Paris, 1927.
- FITZGERALD. — *Non Christian Marriages*, 2 Jour. Soc. of Comparative Legislation and International Law, 359 et 377-78, 1900, Londres, Society of Comparative Legislation, 1 Elm Court.
- GOODRICH. — *Foreign Marriage and the Conflicts of Laws*, 21 Mich. L. R. 743-747.
- LAINÉ. — *La théorie du renvoi en Droit International Privé*, Revue de Droit International Privé, 1906, p. 605 à 643 ; 1907, p. 43-72, 313-339, 661-674 ; 1908, p. 729-758 ; 1909, p. 12-40.
- LORENZEN (Ernest). — *Marriage by Proxy and the Conflicts of Laws*, 32 H. L. R. 473, 1919.
- LORENZEN (Ernest). — *Polygamy and the Conflicts of Laws*, 32 Yale L. J. 471, 1923.
- LORENZEN (Ernest). — *The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law*, 10 Col. L. R. 190 et 327, 1910.
- LORENZEN (Ernest). — *The Renvoi Doctrine in Conflicts of Laws, meaning of « the law of the country »*, 27 Yale L. J. 509, 1918.
- LOUIS-LUCAS (Pierre). — *La doctrine du renvoi en Droit International Privé*. Extraits du Répertoire de Droit International.

- NIBOYET. — *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, p. 473-495. *Sur la doctrine de renvoi*.
- NIBOYET. — *La théorie de l'autonomie de la volonté*, Recueil des Cours à La Haye, Tome XVI, Paris, Sirey.
- ORESCU (Alex. C.). — *Le Mariage quant aux conditions intrinsèques et aux formalités extérieures en droit international privé*, Thèse, Paris, 1908.
- POTU. — *La question de renvoi en droit international privé*, Thèse, Dijon, 1913.
- RODGERS (W. C.). — *Validity of Marriage where the Contract is Entered into in a Jurisdiction other than that of the Domicil of the Parties*, 31 Amer. L. R. 524-34, 1897.
- SCHREIBER (E. O.). — *Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law*, 31 H. L. R. 523, 1918.
- TERRY. — *Uniform State Laws*, 1920, New-York, Baker Voorhees and C°.
- WALTON (Delvy T.). — *International and Migratory Divorces*, 21 Ill. L. R. 435, 1927.
- YNTEMA. — *The Hornbook Method and Conflicts*, 37 Yale L. J. 468, 1928.
- Memorandum. — *Marriage Formalities for Americans in France*, American Consulate-General, Paris, 1934.
- Notes. — *Conflit des Lois*, Clunet, 1913, p. 663, 986 et 1341.
- Note. — *Conflict of Laws*, 33 Yale L. J. 429.
- Note. — *Conflict of Laws Governing Validity of Foreign Marriage*, 26 Mich. L. R. 327, 1928.
- Note. — *The Extra-territorial Effect of Divorce a Mensa*

et Thoro and of Statutory Prohibitions on Re-marriage, 33 Yale L. J. 426, 1924.

Note. — *Religious Ceremony*, 21 Ill. L. R. 181-182, 1926.

Note. — *The Renvoi Doctrine*, 31 Yale L. J. 191, 1922.

Note. — *Tug-boat Marriages and the Lex Domicilii*, 12 H. L. R. 273-74, 1898.

Notes. — *Validity of Russian Marriage Terminable at Will*, 30 Col. L. R. 740, 1930 et 43 H. L. R. 827, 1930.

— *What Law determines Validity of Marriage?* 32 H. L. R. 812-814, 806-824, 1919.

— *Célébration de mariage. Renvoi*. Clunet, p. 1005, 1914 ; p. 5-24, 1911.

CHAPITRE IV

Conflits de compétence juridictionnelle

Limites du sujet traité dans ce chapitre, p. 407 ; — Principe qui exige que le défendeur soit averti de l'action et qu'il ait eu la possibilité de se défendre, p. 408 ; — Compétence pour les actions réelles, p. 409 ; — Compétence pour les actions personnelles, p. 410 ; — Caractère réel ou personnel des actions ayant pour but d'établir la validité du mariage ou de l'annuler, p. 412 ; — Compétence pour annuler un mariage, les deux écoles, p. 413 ; — Justification de la compétence des tribunaux de domicile, p. 416 ; — La jurisprudence, p. 418 ; — Solution préconisée dans le cas de domiciles séparés du mari et de la femme, p. 419.

Nous n'étudierons pas ici les conflits spéciaux de compétence juridictionnelle — la question de savoir auquel, parmi plusieurs tribunaux d'un Etat donné, la loi a donné compétence. Ceci est une question de droit interne pur. Les conflits de compétence juridictionnelle que nous traiterons ici concernent la compétence juridictionnelle générale — la question de savoir à quel Etat les tribunaux saisis doivent appartenir pour rendre, dans un cas donné, un jugement qui sera considéré valable dans les autres pays. Ceci est la seule question de compétence juridictionnelle qui concerne le droit international privé,

Nous ne ferons pas ici l'application des règles du droit américain concernant cette compétence à toutes les actions possibles, ce qui nous conduirait trop loin, mais nous nous bornerons à décrire la compétence en ce qui concerne les questions qui peuvent être soulevées par le mariage et les fiançailles.

Le droit américain, à ce sujet, comporte encore moins de textes législatifs que le droit français. Presque tous les principes ont été élaborés par les tribunaux.

Nous ne parlerons ici, bien entendu, que des actions civiles. Les actions criminelles sont de la compétence des tribunaux de l'Etat dont la loi a été contrevenue, et ces actions ne concernent pas notre sujet.

*
* *

Un premier principe est à poser immédiatement. Pour qu'un tribunal puisse agir juridiquement et pour que ses jugements soient reconnus par un tribunal américain, il faut que le défendeur ait eu une occasion raisonnable de connaître l'action dirigée contre lui et que le tribunal lui ait accordé la possibilité de se défendre (1).

Ceci est un principe fondamental du *common law*, en vigueur aussi bien dans l'Empire britannique que dans les Etats-Unis. D'ailleurs, le respect de ce principe est garanti par le quatorzième amendement à la Constitution fédérale. La dernière phrase de cet amendement est ainsi conçue : « Aucun Etat ne pourra non plus priver
« une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens
« sans avoir recours à une méthode justifiable et appro-

(1) Articles 80 et 470 du Restatement. Beale, *International Jurisdiction of Courts*, dans *Cambridge Legal Essays*, p. 41.

« priée aux yeux de la loi. » (*Nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law*) (1). Par une interprétation constante, la Cour Suprême des Etats-Unis a maintenu le respect de cet amendement en cassant des jugements dans les cas où le défendeur n'avait pas eu une signification convenable de l'action dirigée contre lui, et où le tribunal ne lui avait pas accordé la possibilité de se défendre. Nous n'entrerons pas dans tous les détails de l'application de ce principe. Il suffit de noter que ce principe est à la fois nécessaire et suffisant pour garantir l'administration raisonnable de la justice.



Les règles américaines de la compétence internationale diffèrent suivant qu'il s'agit d'actions réelles ou d'actions personnelles. La formation du mariage et les fiançailles ne peuvent pas donner lieu aux actions réelles, et par conséquent nous n'entrons pas dans les détails de la compétence concernant ces actions. Mais en passant, nous dirons que d'une façon générale seul le tribunal *loci rei* est compétent pour les actions réelles. Si le

(1) Les quatre mots « due process of law » sont probablement les plus importants de toute la Constitution américaine. La Cour Suprême des Etats-Unis a consacré des centaines, sinon des milliers de jugements à leur interprétation. Malheureusement ces mots ont été mal traduits dans les traductions courantes en France. Mirkine-Guetzévitch les a traduits par « sans une procédure légale », et Dareste par « sans une procédure régulière ». Tous les deux ont le tort de limiter ainsi la portée de la phrase à la procédure. *Process* en anglais vient du *processus* en latin et conserve le sens large de manière d'agir. *Due* a le sens d'à-propos et convenable dont on voit la trace dans dûment.

défendeur ne peut pas être signifié personnellement dans le ressort du tribunal, il faut, pour satisfaire les exigences du quatorzième amendement (*due process of law*) (1) qu'on opère saisie de la *res avant le commencement de l'action* (2). On pense que si le défendeur n'est pas personnellement dans le ressort du tribunal, il aura au moins un mandataire qui s'y occupe de sa propriété. La meilleure façon de l'aviser de l'action qui peut porter atteinte à ses intérêts est de saisir sa chose, et de lui donner ensuite la possibilité de se défendre.

★★

En ce qui concerne les actions personnelles, la compétence se base uniquement sur la signification à la personne du défendeur, dans le ressort du tribunal, de l'acte introductif d'instance. L'acte introductif d'instance est une assignation qui invite le défendeur à comparaître tel jour devant le tribunal, et qui lui donne connaissance d'une manière sommaire des bases sur lesquelles est fondée l'action qu'on intente contre lui.

Dans notre sujet nous pouvons prendre comme type de l'action personnelle, l'action en dommages-intérêts pour rupture des fiançailles. Cette action cherche à assujettir le défendeur à payer une somme d'argent. Il en est de même de toutes les actions basées sur une obligation contractuelle ordinaire, délictuelle ou quasi-contractuelle.

Il n'est nécessaire ni que le défendeur ait son domi-

(1) V. *supra*, p. 408.

(2) *Pennoyer c. Neff*, 95 U. S. 714, *Lorenzen, Cases on the Conflict of Laws*, 2^e édition, p. 118.

cile dans le ressort du tribunal, ni qu'il soit citoyen du pays. La circonstance que le demandeur aurait pu l'assigner devant un autre tribunal n'est pas à retenir. Le demandeur a le choix du tribunal, il a choisi, et c'est tout.

Le droit américain comprend la compétence des actions personnelles d'une façon très large. En France, on refuse l'exequatur à un jugement si, suivant les règles de la compétence générale un tribunal français devait connaître du litige, parce que dans ce cas on conçoit que le tribunal étranger doit être nécessairement incompétent. Une telle notion est tout à fait étrangère au droit américain, et choque les juristes d'outre-Atlantique. Suivant le droit américain, les tribunaux de tous les pays sont compétents pour connaître des actions personnelles ordinaires, à condition de dûment assigner le défendeur dans le ressort du tribunal.

La nationalité des plaideurs n'a pas d'influence en Amérique sur la compétence en matière d'actions personnelles. En France, le principe fut établi dès l'ancien droit que les tribunaux français étaient incompétents dans les litiges entre deux étrangers. Le droit de saisir les tribunaux est un droit civil, *stricto sensu*, et les étrangers n'en jouissent pas en principe en France (1). Il est vrai que dans la pratique on a été obligé d'établir une longue liste d'exceptions à ce principe, de sorte qu'il n'en reste pas grand'chose. Il constitue néanmoins une gêne, ne serait-ce que par l'obligation qu'ont les parties de présenter leur cas comme une exception.

En Amérique, comme nous l'avons déjà vu, le principe

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, n° 227.

est tout le contraire (1). L'étranger jouit de tous les droits civils, et c'est par exception qu'on retranche de l'ensemble de ses droits certains tels que le droit de vote, le droit d'entrer dans certaines carrières — de magistrat, d'avocat, etc. L'étranger a, devant les tribunaux, tous les droits qu'a le citoyen. Il n'est même assujéti à fournir le *judicatum solvi* que s'il réside en dehors du ressort du tribunal, et cette règle s'applique également au citoyen.

★ ★

Nous arrivons maintenant aux deux actions qui concernent la validité du mariage — l'action qui a pour but d'établir juridiquement la validité d'un mariage concernant lequel on entretenait quelques doutes, et l'action en annulation du mariage.

Ces actions sont-elles réelles ou personnelles ? Dans ces procès le *status* de mariage est en jeu. Or, une action personnelle ne concerne que les parties mêlées à l'action. Mais l'existence d'un *status* de mariage est une chose à laquelle est intéressé le public, et en particulier les personnes qui habitent le lieu où les époux ont leur domicile. Peut-on, dans ces conditions, qualifier ces actions de personnelles ? (2). On a soutenu qu'elles sont réelles, et on parle du *status* comme d'une *res* qu'on situe en général au domicile des époux. Nous croyons que cette manière de parler est artificielle et trop simple. Il vaut mieux établir une catégorie d'actions à

(1) V. *supra*, p. 311, note 1.

(2) Goodrich (p. 291) soutient que non.

part, parce qu'il existe ici des raisons spéciales d'ordre social, qui doivent déterminer la compétence :

En ce qui concerne l'action ayant pour but de faire établir la validité du mariage, il n'y a que 19 Etats où cette action soit connue, et il semble qu'elle y est peu employée. Aussi n'y a-t-il dans la littérature juridique américaine que très peu de discussions concernant la compétence dans ce cas. Mais il n'est nullement besoin, à notre avis, de le discuter séparément. Dans cette action l'existence du *status* de mariage est en question, et la compétence des tribunaux doit être exactement la même que pour l'action en annulation du mariage. Donc nous ne discuterons plus, spécialement, cette action, et nos explications concernant l'action en annulation de mariage doivent être considérées comme applicables indifféremment à ces deux actions.

★ ★

En considérant donc l'action en annulation de mariage, demandons-nous quel est le tribunal qui doit être compétent ?

A ce sujet, il y a deux écoles en Amérique. Une première école, dont les porte-parole sont surtout MM. Goodrich et Beale, soutient que seul est compétent le tribunal du lieu dont les dispositions de droit n'ont pas été satisfaites lors de l'établissement du *status* de mariage ; en d'autres termes, que la compétence juridictionnelle doit suivre la compétence législative. Suivant cette école l'existence du *status* de mariage dépend, distributivement, de deux lois, à savoir — la *lex loci contractus* pour tout ce qui concerne le mariage-contrat, et la loi du domicile en ce qui concerne l'ordre public. Si le demandeur prétend que le mariage est nul en raison d'un

défaut dans sa formation en tant que contrat — absence de consentement, vices de consentement, etc., le litige serait de la compétence du tribunal du pays où a été célébré le mariage. Les exigences de la *lex loci contractus* n'ayant pas été satisfaites, seul le tribunal de cet Etat serait compétent pour dire si sa loi a été méconnue. Par contre, si on prétend que le *status* de mariage n'a jamais existé en raison d'une règle d'ordre public de l'Etat du domicile concernant par exemple le mariage des personnes de couleur différente, ou le mariage entre parents aux degrés prohibés, seul un tribunal du domicile des parties a qualité pour déclarer que cette loi a été méconnue (1).

L'autre école, dont le principal représentant est Bishop et qui a plus de faveur auprès des tribunaux, soutient que seul le tribunal du domicile des parties a compétence pour annuler le mariage (2). C'est la règle de la jurisprudence et de la doctrine dominantes en Angleterre (3). Elle a été également adoptée par la loi uniforme sur le divorce et l'annulation du mariage. (*Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act*) (4).

Nous n'hésitons pas à nous rallier à la seconde école — celle de la compétence des tribunaux du domicile

(1) Goodrich, *Conflict of Laws*, p. 301, et 32 H. L. R. 806. Beale, 26 H. L. R. 254, 33 H. L. R. 1 et 12, 37 H. L. R. 150. Schouler, *Marriage, Divorce and Separation*, 6^e édition, tome II, p. 1414.

Cette règle forme la base de l'article 122 du Restatement.

(2) Bishop. *Marriage, Divorce and Separation*, section 73.

(3) Affaire Salvensen, 1927, A. C. 641, 43 L. T. R. 609, avec notes 16 Cal. L. R. 38, 1927, 76 U. of Pa. L. R. 206, 41 H. L. R. 253.

(4) Cette loi uniforme n'a été votée que dans les trois Etats de Delaware (1907) de New-Jersey (1907) et de Wisconsin (1909). Note 16 Minn. L. R. 398

des parties. Nous croyons que l'école de Goodrich et de Beale fait une confusion entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative (1). C'est dans notre sujet un principe fondamental que la compétence juridictionnelle et la compétence législative sont absolument indépendantes l'une de l'autre. L'application d'une loi n'entraîne pas nécessairement la compétence du tribunal qui connaît cette loi comme la sienne. Si on n'admet pas ce principe, toute la science du conflit des lois n'a plus de raison d'être.

Goodrich pour confirmer son argument nous propose le cas suivant (2) : Deux cousins germains domiciliés dans l'Etat A se marient dans cet Etat et vont successivement établir leur domicile dans les Etats de B, C et D. Supposons que selon la loi de l'Etat A ce mariage soit valable et que selon la loi de l'Etat D ce mariage soit considéré comme incestueux. Goodrich est effrayé, dans ce cas, par la pensée qu'un tribunal de l'Etat D déclarera ce mariage incestueux et les enfants nés dans l'Etat A seront illégitimes. Mais c'est confondre très nettement compétence juridictionnelle avec compétence législative. Il ne lui vient pas à l'esprit que le tribunal de l'Etat D peut déclarer ce mariage valable en appliquant la loi du lieu où était le domicile des époux *au moment de leur cérémonie de mariage*, c'est-à-dire, dans l'espèce supposée, la loi de l'Etat A.

En étudiant la compétence législative nous avons proposé la compétence de la loi du domicile. Nous proposons maintenant un système en harmonie avec le précédent : la compétence du tribunal du domicile des époux.

(1) Telle est également l'opinion de Wiggy, p. 128.

(2) Goodrich, p. 302.

Dans la plupart des cas, ce tribunal aura ainsi à appliquer sa propre loi, car une fois mariés et établis les époux resteront le plus souvent dans le même endroit. Mais il peut arriver que ce tribunal soit appelé à appliquer une autre loi — celle du lieu qui était le domicile des parties au moment de la célébration du mariage. Cette constatation n'a rien d'étonnant, car souvent un tribunal est obligé d'appliquer une loi étrangère. Et cette circonstance n'est certes pas suffisante pour écarter une règle par ailleurs bien fondée.

★ ★

La règle de la compétence du tribunal du domicile des époux se justifie, à notre avis, par l'intérêt majeur qu'a le souverain à déterminer le *status* de tous ceux qui vivent dans la communauté qu'il gouverne. D'une façon générale, nous croyons à la liberté la plus grande possible dans le choix du lieu où peuvent se régler les litiges. Les tribunaux, partout, doivent être largement ouverts pour régler les différends purement personnels. Mais il y a certaines questions qui concernent si intimement un souverain à l'exclusion de tout autre, qu'à ses tribunaux seuls doit être confiée la solution. Parmi ces questions on place toujours les poursuites criminelles, les actions fiscales, etc. De même, on doit y faire figurer la question de l'existence du mariage. Si deux personnes sont établies sur le territoire de l'Etat A, il nous semble exagéré de dire qu'un tribunal de l'Etat B peut intervenir à l'effet d'amener ceux qui vivent dans l'entourage de ces personnes à reconnaître qu'elles sont mariées. Leur état de gens mariés a une grande importance pour ceux au milieu desquels ils vivent. C'est seulement à un tribu-

nal de cet Etat que doit être confié le soin de statuer. Ce tribunal, le plus souvent, aura à appliquer sa propre loi, comme nous l'avons vu, mais, même dans le cas où une autre loi serait applicable, il importe que seul ce tribunal ait à choisir la loi en question, car c'est l'Etat dont il dépend qui en supportera les conséquences.

La règle de la compétence du tribunal du domicile correspond à la règle, partout acceptée en Amérique, de la compétence juridictionnelle en matière de divorce. Le droit américain est uniforme pour l'attribution de cette compétence aux tribunaux de domicile (1). La raison en est la même. Un jugement de divorce et un jugement d'annulation de mariage mettent fin à une situation de fait qui est pratiquement identique dans un cas comme dans l'autre. Il y a évidemment une différence fondamentale entre ces deux actions. Le divorce suppose un mariage valable, auquel on met fin pour des raisons survenues depuis sa formation. L'annulation du mariage est basée sur l'idée que le mariage a été toujours nul, et qu'on déclare la vraie situation juridique telle qu'elle résulte de circonstances antérieures ou contemporaines à la formation du prétendu mariage. Ces différences sont sans influence sur la question de compétence. Dans les deux cas, c'est le *status* qu'on détermine, et dans l'un comme dans l'autre, seuls les voisins des époux ou prétendus époux ont un intérêt capital à l'existence de ce *status*, si bien que seul leur tribunal doit être compétent pour régler la situation.

*
* *

(1) Goodrich, p. 283 et suiv.

La règle de la compétence des tribunaux du domicile est suivie dans le New-Jersey (1) et dans l'Etat de New-York (2) où la jurisprudence est la plus abondante. On la trouve également dans le Vermont (3), l'Indiana (4) et l'Alabama (5). Dans plusieurs autres Etats les tribunaux du domicile des parties ont été saisis et ont rendu des jugements d'annulation sans que la question de compétence ait été discutée. Notre règle leur semblait si naturelle qu'ils ne se sont pas donné la peine de la commenter (6). D'autre part, les tribunaux de New-Jersey et de Mississipi se sont déclarés incompétents d'office dans le cas où les parties n'étaient pas domiciliées dans le ressort du tribunal (7).

La jurisprudence contraire en faveur de la règle de Goodrich et de Beale est moins volumineuse (8). On peut citer deux cas dans les Etats de la Caroline du Nord et du

(1) *Jimenez c. Jimenez*, 1922, 93 N. J. Eq. 257, 116 Atl. 788. *Soularekes c. Gullett*, 1950, 106 N. J. Eq. 369, 150 Atl. 826. Note 16 Minn. L. R. 398.

(2) *Cunningham c. Cunningham*, 1912, 206 N. Y. 341, 43 L. R. A. N. S. 355.

(3) *Barney c. Cuness*, 1895, 68 Vt. 51, 33 Atl. 897.

(4) *Christlieb c. Christlieb*, 1919, 71 Ind. App. 682, 125 N. E. 486.

(5) *Gwinn c. Gwinn*, 1929, 219 Ala. 552, 122 So. 684.

(6) Il en est ainsi, selon une note dans 16 Minn. L. R. 398, de la jurisprudence des Etats d'Arizona, Illinois, Orégon, Oklahoma, Virginie, Washington, Wisconsin.

(7) *Blumenthal c. Tannenholz*, 1879, 31 N. J. Eq. 194. *Hess c. Kimble*, 1911, 79 N. J. Eq. 454, 81 Atl. 363. *Antoine c. Antoine*, 1923, 152 Miss. 442, 96 So. 305. Citations de la note dans 16 Minn. L. R. 398.

(8) Dans un article par *McMurry et Cunningham*, dans 18 Cal. L. R. 105, 1930 les auteurs ont déclaré une telle jurisprudence « pratiquement non existante ». Note dans 16 Minn. L. R. 398.

Texas où les tribunaux ont basé leur compétence sur la circonstance que le mariage avait été célébré sur leur territoire (1), mais ni dans l'un ni dans l'autre cas le tribunal n'a entendu par là qu'il était le seul tribunal compétent.

★
★ ★

Que doit-on décider si les époux se trouvent domiciliés dans des Etats différents ? Nous avons vu qu'il est déjà possible, en droit américain, que la femme ait un domicile distinct de celui de son mari. Et cela sera plus courant encore dans l'avenir (2).

Mais lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, y a-t-il lieu de retenir la prétendue qualité d'époux pour en déduire comme conséquence l'unité de domicile dans la mesure où elle résulte normalement du mariage ? Pour être fixé sur le domicile, il faudrait connaître déjà le résultat du procès. Mais puisque ce procès n'a pas encore eu lieu, il faut s'en tenir aux apparences telles qu'elles se présentent à ce moment. D'ordinaire, il existera un certificat de mariage qui, étant un document administratif, doit être considéré comme valable jusqu'à ce qu'un tribunal compétent le déclare nul et de nul effet. Nous concluons donc, pour le cas qui nous occupe, que le domicile de la femme suit celui du mari dans la mesure où il le suit d'une façon générale.

Mais, puisque dans le mariage le plus valable, la femme peut avoir un domicile séparé, il en est de même

(1) *Sawyer c. Sawyer*, 1929, 196 N. C. 697, 146 S. E. 864. *McDade c. McDade*, Tex. Civ. App. 1929, 16 S. W. 2nd 304.

(2) Voir *supra*, chapitre sur le Domicile, p. 345.

ici, et il reste, dans cette hypothèse, à savoir lequel des deux tribunaux — celui du domicile du mari ou celui du domicile de la femme — est compétent. Cette question ne s'est présentée que très rarement devant les tribunaux américains, mais il y a une jurisprudence déjà importante, en cas de divorce, sur cette même question de domicile. Et, puisque la règle que nous préconisons ici : loi du domicile, est la même que dans le cas de divorce, il nous faut rechercher quelles indications peut fournir cette jurisprudence.

Tout le sujet est dominé par deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis dans lesquels la Cour avait à déterminer dans quels cas un Etat était tenu de reconnaître le jugement de divorce prononcé par un autre Etat, en vertu de la clause dite de pleine foi et créance de la Constitution fédérale.

Dans l'une de ces espèces : *Atherton c. Atherton* (1), les époux avaient eu leur domicile dans l'Etat de Kentucky. Puis la femme avait quitté son mari et était allée s'établir dans l'Etat de New-York. Le mari demanda et obtint le divorce d'un tribunal de Kentucky. L'action n'avait pas été portée à la connaissance de la femme par une assignation faite à sa personne, puisqu'elle se trouvait dans l'Etat de New-York. On s'était contenté de l'aviser par voie d'insertion d'annonces dans un journal d'annonces légales (« *constructive service of process* »). Ultérieurement, la femme intenta une action en divorce dans l'Etat de New-York. Le mari comparut volontairement dans cette action, et proposa comme fin de non-recevoir l'existence d'un jugement de divorce obtenu par lui dans le Kentucky. Le tribunal de New-

(1) 1900, 181 U. S. 155.

York refusa au jugement de Kentucky « la pleine foi et créance ». Sur pourvoi formé sur la question constitutionnelle, la Cour Suprême des Etats-Unis donna tort au tribunal de New-York et décida qu'en vertu de la clause dite de pleine foi et créance, ce tribunal était obligé à reconnaître le jugement de Kentucky (1).

On est donc d'accord pour admettre que l'assignation par voie d'annonces n'est pas suffisante pour donner au tribunal la compétence *ratione personæ*. S'il en est ainsi, le jugement rendu dans *Atherton c. Atherton* revient à dire qu'un tribunal a compétence pour prononcer le divorce en vertu du seul domicile du plaignant. Ce principe une fois formulé, examinons le fameux arrêt *Haddock c. Haddock* (2).

Ces époux étaient domiciliés dans l'Etat de New-York. Le mari partit établir son domicile en Connecticut, où il obtint le divorce et, comme dans l'autre cas, l'assignation fut faite par voie d'annonces. Plus tard sa femme, qui avait retenu son domicile dans l'Etat de New-York, y intenta une action en divorce. Le mari comparut volontairement, et comme fin de non-recevoir il proposa le jugement de divorce obtenu dans l'Etat de Connecticut. Le tribunal de New-York refusa de reconnaître ce jugement. Sur pourvoi formé sur la question constitutionnelle la Cour Suprême des Etats-Unis jugea que le tribunal de New-York n'était pas, aux termes de la clause dite de pleine foi et créance, obligé de reconnaître ce jugement de Connecticut.

(1) La Cour Suprême a rendu, en 1913, un autre arrêt exactement en accord avec l'arrêt *Atherton c. Atherton* : affaire *Thompson c. Thompson*, 226 U. S. 551.

(2) 1906, 201 U. S. 562,

Cet arrêt de la Cour Suprême a bouleversé toutes les notions sur la compétence que les juristes américains avaient considérées jusqu'alors comme établies, notions résultant en particulier de l'espèce *Atherton c. Atherton*. La doctrine d'une voie unanime n'a pas cessé depuis 1906 de signaler la contradiction qui existe entre ces deux « cases » *Atherton c. Atherton* et *Haddock c. Haddock* (1).

Pour ceux qui veulent diviser toutes les actions en actions réelles et personnelles, la contradiction fondamentale entre ces deux arrêts vient de ce fait que l'action en divorce aurait été une action réelle dans *Atherton c. Atherton*, et dans *Haddock c. Haddock* une action personnelle (2).

Dans les deux cas la méthode d'assignation était la même. On ne peut pas les distinguer de ce chef. Voici la seule distinction possible entre les deux arrêts ; dans *Atherton c. Atherton* le jugement pour lequel on réclamait le bénéfice de pleine foi et créance était en faveur d'un époux qui restait au domicile matrimonial et contre l'époux qui était parti. Ce jugement, selon la Cour Suprême, est digne de pleine foi et créance. Dans *Haddock*

(1) Beale, *Constitutional Protection of Decrees of Divorce*, 19 H. L. R. 586 ; Beale, *Haddock Revisited*, 39 H. L. R. 417 ; Goodrich, p. 290 et suiv. ; Park, *Some Problems in Jurisdiction to Divorce*, 13 Minn. L. R. 526, 1929 ; *The Doctrine of Haddock v. Haddock*, 1 Ill. L. R. 219 ; *The Full Faith and Credit Clause... as applied to Suits for Divorce*, 15 Ill. L. R. 259 ; Schofield, *Constitutional Law and Equity*, tome I, *The Full Faith and Credit Clause*, p. 183 ; Notes 13 Col. L. R. 241 ; 23 Col. L. R. 469 ; 11 Mich. L. R. 508 ; 15 Mich. L. R. 420 ; 15 Minn. L. R. 161.

(2) Park, *Some Problems in Jurisdiction to Divorce*, 13 Minn. L. R. 526, 1929.

dock c. Haddock le jugement pour lequel on réclamait le bénéfice de pleine foi et créance était en faveur de l'époux qui avait quitté le domicile matrimonial et contre l'époux qui y était resté. Les deux situations sont, en effet, bien distinctes. Est-on en droit d'en tirer des conséquences ? Nous ne le croyons pas.

Il faut avouer que la difficulté rencontrée ici est née de la possibilité, pour la femme mariée, d'un domicile séparé. Si le domicile de la femme suivait toujours celui du mari, comme en France ou en Angleterre, tout rentrerait dans l'ordre. Mais la tendance d'admettre un domicile séparé de la femme mariée ne fait, au contraire, qu'augmenter en Amérique, et il serait impossible de résoudre la difficulté en revenant en arrière sur le chemin déjà parcouru.

Il faut prendre comme point de départ un mariage entre domiciliés d'Etats différents. Dans ce cas il nous semble que les deux Etats sont également intéressés à l'existence du *status*, et que chacun peut mettre fin à ce *status* par le divorce ou, à la suite d'une action en nullité, déclarer que le *status* n'existe pas. Mais une fois qu'un tribunal compétent, en raison du domicile d'un des époux, a mis fin à ce *status*, celui-ci n'existe plus au regard de qui que ce soit. Ce *status* est un, et n'est pas deux. Dans l'espèce Haddock c. Haddock, l'application du raisonnement de la Cour Suprême des Etats-Unis donnait comme résultat la situation étrange que voici : Un mari divorcé et qui avait néanmoins une épouse dans un autre Etat, et une femme mariée dans ce dernier Etat et qui n'avait de mari nulle part. C'est évidemment le comble de l'absurdité,

La situation des époux ayant des domiciles séparés a été comparée à celle de deux chèvres attachées l'une à l'autre par une longue corde qui traverse la frontière entre deux Etats (1). Divorcer c'est couper la corde. Chacun des deux souverains a le droit de couper la corde sur son territoire. Supposons que l'un des deux coupe la corde pour libérer sa chèvre. L'autre souverain a-t-il ensuite besoin de couper de nouveau la corde sur son territoire pour libérer sa chèvre à lui ? Evidemment non. Une fois la corde coupée, les deux chèvres sont également libres.

La décision rendue dans l'espèce *Haddock c. Haddock* est donc mal fondée selon l'opinion juridique presque générale. Cependant la Cour Suprême des Etats-Unis ne l'a jamais rejetée, et elle représente encore aujourd'hui le dernier mot du célèbre tribunal sur cette question.

Il convient de préciser l'effet de cette décision. Elle est limitée à la portée de la clause dite de pleine foi et créance. La Cour Suprême des Etats-Unis avait uniquement devant elle la question constitutionnelle. Tout ce qu'elle a pu dire en dehors de cette question est *obiter dicta*. Il en résulte simplement que rien dans la Constitution fédérale n'oblige un Etat à reconnaître un jugement de divorce d'un Etat-frère, rendu en faveur d'un époux qui a quitté le domicile matrimonial, établi son domicile ailleurs et obtenu le divorce à la suite d'une action qui n'était portée à la connaissance de l'autre époux que par voie de publicité dans un journal. Qu'un Etat ne soit pas obligé, en vertu de la Constitution fédé-

(1) Nous devons cette comparaison à M. Beale,

rale, de reconnaître un tel jugement, cela ne veut pas dire que cet Etat ne puisse reconnaître ce jugement pour d'autres raisons — par exemple en vertu d'un principe de son droit international privé. Aujourd'hui, la plupart des Etats reconnaissent de tels jugements quoiqu'en vertu de la doctrine de l'arrêt *Haddock c. Haddock*, ils n'y soient pas obligés (1). Malheureusement, parmi les Etats qui se refusent encore à les reconnaître, se range l'Etat de New-York, où la question se présente très fréquemment parce qu'il a la plus grande population de tous les Etats, et parce que la loi de New-York ne permet le divorce que pour une seule cause : l'adultère (2).

Il résulte donc, de l'ensemble de la jurisprudence concernant le divorce au cas de domicile séparé, que la compétence juridictionnelle de chacun des deux Etats est le plus souvent reconnue et que le jugement intervenu le premier dans l'ordre chronologique résoud la question une fois pour toutes. Il résulte également de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis que rien dans la Constitution fédérale n'oblige un Etat à reconnaître cette compétence juridictionnelle.

Telle est la jurisprudence en ce qui concerne le divorce. Sur la question de reconnaissance des jugements d'annulation de mariage elle est beaucoup plus

(1) Note 23 Col. L. R. 469, qui cite les arrêts suivants : *Howey c. Howey*, Missouri 1922, 240 S. W. 450 ; *Spaulding c. Spaulding*, 1919, 11 Ohio App. 143 ; *Parmelee c. Hutchins*, 1924, 238 Mass. 561, 131 N. E. 443 avec une note dans 20 Col. L. R. 472.

(2) Note 23 Col. L. R. 469 ; *Ranson c. Ranson*, 1907, 54 Misc. 410, N. Y. Supp. 198.

réduite. Un tribunal de l'Illinois (1) a reconnu un jugement d'annulation rendu dans un pays étranger, les deux époux étant domiciliés au moment du procès dans le ressort du tribunal étranger, et bien que la cérémonie du mariage ait eu lieu dans l'Illinois. Cette solution n'intéresse pas la question des domiciles séparés, et la cause dite de pleine foi et créance n'y était d'ailleurs pas applicable, parce qu'il s'agissait d'un jugement de pays étranger ; mais la décision est intéressante en ce sens qu'elle montre que les tribunaux ne suivent pas, au sujet des nullités de mariage, la doctrine de Goodrich et Beale, selon laquelle seul est compétent le tribunal de l'Etat dont la loi n'a pas été observée à la création du *status* du mariage.

Nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt concernant l'hypothèse de domiciles séparés (2). Cet arrêt applique, avant la lettre, la doctrine de l'arrêt Haddock c. Haddock à l'annulation de mariage. Le mariage fut célébré dans le Massachusetts, puis un des époux alla établir son domicile dans l'Etat de New-York où il obtint un jugement annulant son mariage. L'autre époux resta dans le Massachusetts. Plus tard un tribunal de Massachusetts refusa pleine foi et créance à ce jugement de New-York. Il ne fut pas formé de pourvoi devant la Cour Suprême des Etats-Unis qui, jusqu'à ce jour, n'a pas tranché la question.

Cette seule décision de Massachusetts n'est pas suffisante pour marquer un courant. Le droit positif reste

(1) Dans l'espèce Roth c. Roth, 1882, 104 Ill. 35, note 16 Minn. L. R. 398.

(2) Cummington c. Belchertown, 1889, 149 Mass. 223, 21 N. E., 435, cité dans 16 Minn. L. R. 398.

donc encore incertain. D'un côté, il y a la doctrine dominante de la jurisprudence de divorce, qui est en faveur de la compétence des tribunaux du domicile de l'un ou de l'autre époux indifféremment, et de l'autre il y a cet arrêt de Massachusetts et la fameuse décision *Haddock c. Haddock*.

Bibliographie

- BEALE (Joseph H.). — *International Jurisdiction of Courts*, *Cambridge Legal Essays*. p. 41-56.
- MOHANNA (Mohamed Fouad Ismaïl). — *Le Rôle du Juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés*, Paris, Rousseau, 1930.
- RICHARD-PRASSINOS (M^{me} Marguerite). — *Le Divorce et la Séparation de Corps en Droit Comparé et en Droit International Privé*. Thèse, Paris, 1928.
- COOK (W. W.). — *The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflicts of Laws*, 31 Col. L. R. 368, 1931.
- DODD. — *Conflicts of Laws. Jurisdiction Annulment of Marriage*, 23 Ill. L. R. 75, 1928.
- GOODRICH (H. F.). — *Jurisdiction to Annul a marriage*, 32 H. L. R. 806-821, 1919.
- PARK (James L.). — *Some Problems in Jurisdiction to Divorce*, 13 Minn. L. R. 525, 1929.
- Note. — *Methods of attacking Invalid Foreign Divorces*, 43 H. L. R., 477.
- Note. — *Recognition of Foreign Marriages and Divorces in New York*, 23 Col. L. R. 469, 1923.
- Note. — *Jurisdiction to Annul a Marriage*, 26 H. L. R. 253, 1913.
-

CHAPITRE V

Critique

Intérêt des comparaisons entre le droit américain et le droit français dans la matière du conflit des lois, p. 429 ; — Justification de l'application de la loi de domicile à l'encontre de la loi nationale, p. 433.

Sous ce titre, nous tenons à présenter quelques observations d'ordre général.

En face de l'ensemble des principes français et américains de droit international privé il nous semble regrettable que les juristes de chacun des deux pays ne connaissent pas mieux le sujet tel qu'il est compris dans l'autre. Les juristes des deux côtés de l'Océan n'ont encore que des connaissances tout à fait rudimentaires, quand elles ne sont pas complètement fausses, des principes courants de ce sujet dans l'autre pays.

Il est bon de faire de la théorie, mais il est préférable d'éviter de tirer une conclusion définitive avant d'avoir bien pesé tous les arguments qui s'opposent sur une question. Or, actuellement les juristes américains et français formulent souvent des conclusions sans savoir que de l'autre côté de l'Océan, il peut exister des arguments capables d'ébranler leur théorie.

Un des plus grands obstacles est la difficulté de langue. Là, à notre avis, les Américains ont un avantage. Une qualité essentielle de la langue française est sa clarté. Cependant l'Américain, abordant des ouvrages français avec une connaissance élémentaire de la langue, au lieu de faire fausse route, en se trouvant en face de certaines difficultés, ne comprendra rien du tout. La raison en est qu'il ne possède pas un fond suffisant de connaissances sur l'histoire du droit français.

Par contre, le Français aura une plus grande difficulté à comprendre les ouvrages américains. En premier lieu, l'anglais est une langue moins claire que le français. Puis, la plupart des Français ont appris l'anglais tel qu'on l'écrit en Angleterre. Entre cette langue et celle qu'on lit dans les ouvrages américains, il existe souvent des nuances qui tromperaient les lecteurs trop pressés (1). C'est surtout la manière de formuler les idées qui est différente en Amérique de ce qu'elle est en Angleterre. Enfin une connaissance élémentaire de l'anglais ne suffit point pour lire un ouvrage de droit américain. La preuve en est que le profane américain lui-même ne peut pas comprendre les livres juridiques écrits dans sa propre langue.

L'Amérique tirerait un grand profit d'une connaissance

(1) Un exemple frappant de cette différence se trouve dans le titre d'un livre récemment publié en Angleterre : *The Law of Running-Down Cases*, par Edward Terrell de Gray's Inn. 1931. Ce titre à première vue signifie pour le juriste américain une description d'un système pratique pour rechercher et trouver dans les milliers de volumes de la jurisprudence les arrêts dont on a besoin. En fait ce livre traite la jurisprudence des accidents de la route. Voir commentaire dans *West Publishing Company's Docket*, tome IV, n° 20, p. 3573, janvier 1933.

plus sérieuse du droit international privé français. Il existe en France des doctrines résultant d'une longue histoire et de discussions séculaires, dont les auteurs américains tiendraient compte avec profit. Il faut reconnaître que les auteurs américains commencent à le faire. Ce qu'il faut maintenant, c'est d'abord une plus grande vulgarisation de ce qu'on connaît déjà, et ensuite une plus grande connaissance des détails, et surtout de l'esprit qui inspire les ouvrages français.

Dans la littérature juridique américaine il n'y a rien qui corresponde au *Journal de Droit International Privé* et à la *Revue Critique de Droit International*. Pour savoir ce qui se passe couramment en France, le juriste américain est obligé de lire directement les ouvrages en français. Les bibliothèques des universités les plus importantes, comme Harvard, Yale et Columbia les ont tous, mais on ne les consulte pas assez souvent. L'étudiant est à peu près réduit à deux sources de langue anglaise : le traité de Beale publié en 1916, et les importants articles de Lorenzen publiés dans le *Yale Law Journal* (Tome 23, 1928).

M. Beale a discuté, avec beaucoup de discernement, la plupart des doctrines des auteurs européens, mais d'un côté, son ouvrage n'est pas assez détaillé pour bien situer ces doctrines dans leur cadre naturel, et de l'autre, son livre n'a pas été achevé. D'ailleurs, ce livre est malheureusement épuisé, et on ne le trouve plus que dans les bibliothèques qui l'ont acheté au lendemain de sa parution.

Les articles de M. Lorenzen, écrits d'une façon réaliste, sont excellents, mais, à notre avis, ils se limitent trop strictement à décrire le droit positif. Sans nier

l'importance du rôle des tribunaux français, il est certain que les théories des auteurs ont autant, sinon plus, d'importance pour le juriste américain.

De leur côté, les auteurs français réussissent rarement, à notre avis, à comprendre pleinement les règles du conflit des lois américaines, et ceci pour plusieurs raisons : Il existe, d'abord, une tendance à accepter l'ancien pour l'actuel. C'est ainsi qu'on cite Story ou Wharton ou Minor comme représentant le droit d'aujourd'hui. On ne connaît pas assez la littérature moderne, dont le volume a beaucoup augmenté depuis 20 ans. Il faut signaler surtout les articles nombreux publiés dans les revues de droit des universités. Si l'on prend l'ensemble de ces publications, on y trouve la plupart des doctrines du conflit des lois discutées avec une finesse que le juriste français ne soupçonnerait pas d'y trouver.

Une autre raison est la tendance à supposer que le droit international privé est le même en Amérique et en Angleterre. Il y a, en fait, une grande communauté d'idées entre ces deux pays, mais depuis le point de départ commun ils ont beaucoup divergé. La manière de raisonner en Amérique, et l'esprit du droit américain est tout autre qu'en Angleterre. Nous n'hésitons pas à dire que le juriste français trouvera le droit américain plus à sa portée que le droit anglais. En Amérique on ne trouve pas le particularisme à outrance qu'on trouve en Angleterre. L'Américain fait plus de théorie, pose plus de principes, et travaille davantage à classer ses idées. Il rejettera une doctrine parce qu'elle est illogique, parce qu'elle ne cadre plus avec les conditions nouvelles. Un Anglais ne rejette jamais rien parce que

tout ce qui est arrivé fait partie de l'histoire, et que tout ce qui est histoire est sacré, étant devenu tradition.

Enfin on ne se rend souvent pas compte en France de l'importance du conflit des lois dans le droit américain. Avec une population de 120 millions d'âmes, avec un pays divisé en 48 souverainetés différentes, avec une vie commerciale et sociale intense qui ne connaît pas les frontières des Etats, nous estimons qu'il existe actuellement beaucoup plus de conflits en Amérique qu'en Europe. De l'autre côté de l'Océan, on a de multiples occasions d'appliquer une théorie sitôt qu'elle est formulée. Dans le feu de la pratique on reconnaît bientôt si une idée est viable. Cette liaison avec la pratique a un effet salubre sur les théoriciens. Le juriste américain a justement l'impression, en lisant la plupart des ouvrages français, que les théories qu'on y propose ont été élaborées comme en une serre chaude, dans le silence du cabinet. Il semble que l'auteur n'ait pas assez tenu compte de l'application de ses théories aux faits et aux circonstances de la vie. Pour cette raison, il nous semble qu'il y aurait profit pour les juristes français à connaître, de plus près, les idées et les méthodes des juristes américains en matière du conflit des lois.



Nous avons vu que le domicile a un rôle bien plus restreint en Amérique qu'en Angleterre. C'est ainsi que dans ce dernier pays, on applique la loi du domicile pour déterminer la validité du mariage, tandis qu'en Amérique la loi du domicile s'efface le plus souvent devant la *lex loci celebrationis*. Et nous nous sommes cependant raliés d'une façon générale au rôle du domicile du système

anglais ; or, au lieu de la loi de domicile, presque tous les auteurs européens sont en faveur de l'application de la loi nationale. Nous allons donc, essayer ici de justifier l'application de la loi du domicile de préférence à la loi nationale.

Le Code civil français, dans son article 3, alinéa 1, a placé sous le régime d'une même loi l'état et la capacité. Cette façon d'englober les deux notions nous semble regrettable. Il est vrai que la capacité dépend souvent de l'état ; on est incapable parce qu'on est mineur ou marié, etc. Mais dans le choix d'une loi appelée à déterminer l'existence de certains états, et en particulier du mariage, il intervient des considérations qui sont complètement étrangères au choix d'une loi destinée à déterminer la capacité de faire un contrat ordinaire. La question de savoir quelle loi il faut appliquer pour déterminer si une personne est mariée, est toute autre que celle qui consiste à se demander quelle loi doit déterminer si cette personne a contracté valablement. La validité de son contrat, ou sa capacité permanente de contracter peut être du domaine d'une loi que ne doit pas faire intervenir la question de validité de son mariage. Le mariage touche tout l'ordre social dans le milieu où demeure habituellement un individu. Sa capacité de contracter, bien qu'elle touche ce milieu aussi, le touche d'une façon moins importante. Contre l'application de la loi de domicile à la capacité de faire un contrat ordinaire, on peut faire prévaloir des arguments basés sur la nécessité de sécurité dans les affaires, arguments qui sont extrêmement importants dans un pays comme les Etats-Unis où l'on se déplace si fréquemment. Ces arguments n'ont plus de prise dans la question de validité

du mariage. On ne contracte pas mariage comme on achète du charbon. Pour cette raison il nous semble fâcheux d'englober l'état et la capacité dans une seule phrase, et de raisonner sur les deux choses comme si elles étaient identiques.

En passant, on voit surgir ici un argument contre la codification. Cette faute du législateur, dans l'article 3 alinéa 1, si fautive il y a, a enfoncé ses racines dans le droit de telle façon qu'il faudrait des siècles pour l'en arracher.

En ce qui concerne la loi nationale, on dit souvent qu'elle est applicable parce que l'ancienne raison pour laquelle on appliquait la loi du domicile a disparu avec l'unification du droit français (1). Mais la conséquence tirée du fait énoncé ne nous paraît pas exacte. Dire que la loi applicable est la loi nationale *parce que* la France est un pays à législation unifiée revient à supposer que les conflits de lois n'intéressent que les Français en territoire français. Or, c'est là précisément le domaine où, depuis l'unification du droit français, les conflits de lois n'ont rien à faire.

Avant cette unification il existait deux genres de conflits : le plus fréquent était le conflit de deux coutumes entre elles, l'autre était le conflit entre la coutume d'une région particulière du royaume d'un côté, et la loi d'un pays étranger de l'autre. Appelons, *brevitatis causa*, les premiers conflits interprovinciaux, et les autres, internationaux. Vint l'unification du droit français qui supprima tous conflits interprovinciaux. Mais de cette sim-

(1) Niboyet, *Manuel*, n° 584, p. 700 ; Valéry, n° 590, p. 834 ; Surville, 7^e édition 1925, n° 141, p. 242.

ple constatation que les conflits interprovinciaux sont maintenant impossibles en France, il résulte seulement en fait que la loi unique, venue en remplacement des lois multiples, occupe le cadre national, qu'elle est la seule règle applicable aux rapports de pur droit interne sur tout le territoire. Présenter cette fusion historique des sources de droit *interne* comme un argument en faveur du choix de la loi nationale, plutôt que celle du domicile, sur le plan *international* c'est changer complètement de terrain entre les prémisses et la conclusion du raisonnement. Depuis l'unification du droit français, donc, le domaine du conflit des lois se trouve transporté sur le plan des conflits internationaux. Mais ce domaine reste le même qu'avant. S'il y avait lieu d'appliquer la loi de domicile *dans les conflits internationaux* avant l'unification, on ne saurait faire autrement depuis lors en raison de cette seule unification. Nous rejetons donc absolument l'unification du droit français en tant que base de l'application de la loi nationale.

Nous avons proposé que la validité du mariage, quant aux questions de fond, soit régie par la loi du domicile des époux. Les auteurs européens maintiennent qu'elle doit être régie par la loi nationale. A laquelle de ces deux notions — la nationalité ou le domicile — doit-on s'attacher ?

On s'aperçoit immédiatement que l'application de l'une ou de l'autre de ces deux règles donne le même résultat dans la grande majorité des cas. Un individu est presque toujours domicilié sur le territoire de la nation à laquelle il appartient. Et c'est parce que ce territoire est le lieu de leur résidence habituelle que les nationaux se groupent ensemble pour le défendre en temps de guerre,

Mais ce cas, bien que le plus fréquent, ne nous aide pas du tout en conflit des lois. On ne peut choisir entre ces deux notions — la nationalité et le domicile — que si elles viennent en concurrence. Il faut donc raisonner sur le cas où un Français est domicilié à l'étranger ou le cas où un étranger est domicilié en France.

Dans ces deux cas, *qui seuls intéressent le conflit des lois*, il est évident que le statut personnel d'un individu intéresse le pays de son domicile beaucoup plus que le pays de sa nationalité. Si on lui applique sa loi nationale dans ce cas, ses voisins, ceux parmi lesquels il vit d'une façon relativement stable, et ceux avec qui il partage, le plus souvent, les conceptions les plus fondamentales de la vie, vont être obligés d'accueillir cette exception à leurs mœurs établies, de supporter, en quelque sorte, cette écharde dans la chair.

Par domicile, nous voulons dire ici ce qu'on entend par ce mot en Amérique. En effet l'individu a une relation intime avec l'entourage de son « home », il partage les opinions de ceux qui habitent autour de ce « home », mais il n'en est pas de même nécessairement de sa relation avec son « principal établissement ». Cela revient à dire que nous justifions l'application de la loi du domicile (de l'Etat où un individu a son « home ») mais non l'application de la loi du domicile (de l'Etat où un individu a son « principal établissement »). Avant de voir le droit français s'attacher à la loi du domicile pour déterminer la validité du mariage, nous voudrions voir un changement dans la notion du domicile telle qu'elle est comprise en France aujourd'hui. Mais il faut avouer que ce changement ne viendra pas avant longtemps. Le

formalisme, auquel les juristes français sont attachés, s'y oppose.

La plus grande objection que font les auteurs français à l'application de la loi de domicile est la difficulté pratique de déterminer le lieu où il se trouve. Il faut lui ajouter les difficultés qui surgiront autour des conflits de qualifications.

Déterminer le domicile d'un individu n'est pas si difficile qu'on le croit souvent. Dans toute l'administration de la loi criminelle les tribunaux ont des recherches bien plus délicates et bien plus difficiles à faire.

En ce qui concerne les conflits de qualifications, la difficulté se rencontre à propos de toutes les règles de conflits de lois possibles. La règle de la loi nationale n'en est pas plus exempte que les autres. La nationalité se base tantôt sur la *lex soli*, tantôt sur la *lex sanguinis*, et l'importance de ces deux éléments change d'un pays à un autre.

L'application de la loi nationale se heurte à des difficultés pratiquement insurmontables dans les deux cas opposés où un individu a deux nationalités ou bien n'en a aucune. Dans le premier cas il y a plus qu'un simple conflit de qualifications. On a dit que le tribunal français devait alors résoudre le conflit de nationalités en reconnaissant aux intéressés politiquement parlant, une des deux nationalités (1). Mais cet argument n'est pas satisfaisant. Il suppose qu'une nationalité exclut toute autre. Or, il n'en est rien : la nationalité n'a pas de caractère international ; elle résulte de la loi de chaque nation prise séparément. On est Français suivant la loi

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, p. 520

française, et Anglais suivant la loi anglaise, etc. Qu'un tribunal français « résolve » ce conflit en prononçant que l'intéressé est Français, il n'en est pas moins Anglais *en même temps*. On n'a rien résolu du tout.

L'apatridie est plus rare que le cas de double nationalité, mais précisément il peut exister assez facilement pour les Américains naturalisés. La loi américaine établit, en effet, une présomption de perte de la nationalité américaine si l'intéressé fait un séjour de 2 ans dans le pays de son origine ou s'il fait un séjour de 5 ans dans tout autre pays (1). Dans ces cas, l'application de la loi nationale se trouve impossible.

Le plus grand reproche, à notre avis, qu'on puisse adresser à l'application de la loi nationale, est qu'elle exagère l'importance du lien entre l'individu et la nation. C'est de l'étatisme à outrance. Il n'y a plus de principe de limitation de l'Etat. Cette règle accentue la division du monde en nations distinctes. Au-dessus de la nationalité existe la personnalité humaine (2). Si on applique la loi nationale au citoyen même quand il est domicilié en pays étranger, il devient impossible pour cet individu de jouir d'une vie internationale. S'il n'y a personne au monde qui puisse jouir d'une vie internationale, tout tombe dans l'égoïsme national. Ces divers

(1) *Naturalization Laws and Regulations*, 1920, *United States Department of Labor*, p. 29.

(2) Pour une extension extrême de cette idée, voir le livre de Michel Riquet, *Enquête sur les Droits du Droit* et « *Sa Majesté la Loi* », Paris, Spès, 1927. Ce livre soutient que la loi n'est pas intangible, n'est pas souveraine, et que la résistance aux lois est permise. Le livre contient les critiques des éminents professeurs Duguit, Morin, Berthélemy, Gény, Hauriou, Le Fur et de plusieurs autres dont la plupart sont en accord avec cette thèse.

égoïsmes nationaux, se dressant les uns contre les autres, amènent la guerre.

Le domicile d'une personne résulte de ses intentions, il s'accorde avec le centre de ses intérêts. La nationalité résulte d'un accident de naissance. Par la suite elle s'accorde bien avec les intentions intimes de l'individu quant à la généralité des hommes. Mais cette constatation n'intéresse précisément pas le conflit des lois, car le seul cas où il faut choisir entre la loi du domicile et celle de la nationalité, est celui d'un Français domicilié à l'étranger, ou d'un étranger domicilié en France. Dans ces deux cas, le domicile de l'homme représente ce qui lui tient le plus à cœur, la nationalité ce qui est artificiel. La nationalité de l'homme peut s'accorder ou ne pas s'accorder avec ses intentions. Mais le domicile résulte de ces intentions mêmes.

Dans tous les cas de conflit entre ces deux conceptions nous sommes en face d'une personne qui a quitté sa nation pour aller s'établir dans une autre. Elle peut avoir, comme elle peut ne pas avoir, l'intention de se faire naturaliser dans le pays de son domicile.

Si elle se naturalise, cela prendra un temps plus ou moins long (5 ans en Amérique). Pendant ce temps ne serait-il pas mieux de lui accorder un essai de la loi de ce pays pendant qu'elle pratique un essai de son climat et des agréments qu'elle trouve à y vivre ? Elle pourra se décider en meilleure connaissance de cause, si elle doit se naturaliser.

Dans le cas inverse, où l'individu considéré a l'intention de garder sa nationalité d'origine, tout en se domiciliant à l'étranger, les auteurs pensent souvent qu'il y a là quelque chose d'anormal, que s'il s'y domicilie il

doit s'y naturaliser ; en somme que toute personne doit rester dans le compartiment étanche de la nation dont elle est citoyenne. C'est effectivement priver un individu de toute jouissance de vie internationale, point de vue déplorable qui empêche toute originalité et fait tout le monde estampillé comme des pièces mécaniques.

Une nation a un intérêt réel à conserver dans son sein d'une façon relativement permanente un noyau de personnes appartenant à d'autres nations. Ce noyau est l'interprète d'une autre civilisation. L'opinion publique en a besoin, comme le droit national a besoin des études de droit comparé.

CONCLUSION

Le mariage, institution sociale, p. 443 ; — *Le mariage, institution juridique*, p. 450 ; — *Réformes possibles*, p. 452.

Au terme de cette étude, nous espérons avoir présenté une notion au moins sommaire de la formation du mariage en Amérique, tant du point de vue social que du point de vue juridique. Rappelons encore ici les étapes par lesquelles nous avons passé : nous avons vu que le mariage, en tant qu'institution sociale, n'a pas cessé d'évoluer depuis les premiers temps de la colonisation ; que les fiançailles, formées très librement du point de vue social, sont dominées, du point de vue juridique, par la théorie contractuelle ; que le mariage, en tant qu'institution juridique, est régi encore, en principe, par des coutumes héritées du droit anglais et du droit canon, et que cet ensemble de coutumes a subi des modifications de la part de la législation positive, différente selon les Etats.

L'ensemble des conceptions du mariage en Amérique est difficile à ramener à des notions générales. Le mariage américain remonte à des origines diverses, et a eu une évolution plus ou moins rapide selon les endroits, les climats, les milieux. Les Américains ont formulé moins de systèmes d'ensemble concernant le mariage

que ne l'ont fait les Français ; et en raison de la diversité des éléments du mariage américain, ceux qu'ils ont formulés ne ressemblent pas beaucoup aux analyses sociales et juridiques européennes. Il en résulte que le mariage américain est difficile à comprendre parce qu'il n'entre pas dans les concepts qu'a forgés la spéculation européenne depuis des siècles. Mais faire entrer les détails du mariage américain dans ces concepts serait se baser sur une fraction de la vérité. Beaucoup d'écrivains européens, en essayant d'expliquer l'Amérique, ont formulé trop tôt leurs conclusions générales en les basant sur peu d'observations, et ainsi ils ont déformé le réel. En insistant sur la diversité des détails, nous avons essayé ici d'éviter un tel écueil.

Si nous considérons le mariage outre-Atlantique d'abord du point de vue social, nous voyons que les Américains sont en train de tenter une grande expérience. Ils essayent de concilier le complet épanouissement de la personnalité de la femme avec la parfaite entente, l'union idéale du couple. Nulle part avant le ^{xx}^e siècle une pareille expérience n'avait été tentée, et de nos jours on ne la tente en dehors du Nouveau Monde que partiellement, en avançant à pas timides. Il convient donc de se demander, à l'heure actuelle, quels sont les résultats de l'expérience américaine, d'essayer d'évaluer son évolution générale, et de prévoir autant que faire se peut, le sens de son évolution future.

En Europe, la situation de la femme s'est améliorée constamment à travers les siècles. Du mariage par capture, puis par achat, la femme, grâce au christianisme, a pu acquérir enfin le droit de consentir librement au mariage. Mais l'évolution dans la vieille Europe se fait

lentement. Bien que le mariage par achat n'existât plus ouvertement, la société française du xix^e siècle n'avait pas pu se libérer complètement du mariage d'intérêt. A la fin du siècle, Naquet pouvait encore dire, non peut-être sans quelque exagération : « On ne marie plus deux individus, on marie deux billets de banque. » La femme était encore obligée de jouer un rôle d'arrière-plan. On concevait encore que la fille devait être sous le contrôle de son père, comme la femme sous le contrôle de son mari.

Au xx^e siècle, malgré le vigoureux mouvement en faveur de l'émancipation de la femme, l'Europe vit encore, à un certain degré, sous l'influence de la notion que le monde a héritée de saint Paul, d'après laquelle l'épouse doit être soumise à son mari parce que le mari est le chef de la femme. Le mari, emporté par l'orgueil du chef et du propriétaire, continue de se révolter contre l'indépendance et la liberté de la femme. De plus, la sensualité qu'il éprouve pour elle, laisse, malgré les raffinements de la civilisation, un fond de jalousie bestiale. L'ensemble de ces idées est cause de l'inégalité de la femme vis-à-vis de l'homme dans la législation.

Enfin, en Europe, la vie sexuelle tend à déborder le cadre du mariage. Mari infidèle n'est pas chose inconnue. L'union libre d'une durée variable depuis un jour jusqu'à toute une vie est fait courant. Et le mouvement en faveur de l'union libre, encouragé parfois par le théâtre, défendu par quelques romanciers, se dresse contre l'institution même du mariage.

Procédant d'un autre esprit et influencée par une histoire différente, l'Amérique présente une autre concep-

tion du mariage. Examinons d'abord son aspect social.

A l'heure actuelle, ce qui est le plus frappant dans le mariage américain, c'est l'égalité des époux. Comme nous l'avons vu, le mouvement en faveur de l'émancipation de la femme a été plus accentué dans le Nouveau Monde qu'en Europe. Aujourd'hui, la famille n'a pas un chef, mais deux. On conçoit que chaque époux ait le droit, d'accord avec l'autre, de diriger la vie et les activités de la famille. Dans cet accord il n'y a pas de subordination entre les époux. Tel est le sens général des idées américaines. Cette tendance se réfrène quelque peu sous l'influence de l'Eglise catholique qui veut toujours que la femme soit « soumise à son mari ». Elle compte de nombreuses exceptions chez les personnes qui, en raison de leur âge ou de leur tendance conservatrice, vivent encore sous l'impulsion des idées de l'époque victorienne.

Le mariage américain, plus encore que le mariage français, s'est libéré en grande partie de l'esprit de lucre. Si les mariages d'intérêt existent encore en Amérique, ils sont considérés comme inavouables. La notion que la femme est la propriété de l'homme n'existe plus.

En Amérique il n'y a pas de mouvement général contre l'institution du mariage et en faveur de l'union libre. Au contraire, il existe une tendance très nette à restreindre toute la vie sexuelle dans le cadre du mariage. L'union libre, publiquement avouée, ne peut exister en dehors de quelques grandes villes. La prostitution n'est pas tolérée par la loi. Sous la forme occulte elle est déjà moins étendue que la prostitution en France sous toutes les formes. Les couples clandestins sont moins nombreux en Amérique que dans le Vieux Monde.

Au lieu de considérer le mariage comme une institution dont tous les éléments ont été fixés une fois pour toutes, et de se révolter contre l'institution de mariage ainsi conçue, les Américains se sont attachés à transformer le mariage afin de l'adapter aux nouvelles conceptions de la vie moderne. L'une de ces nouvelles conceptions concerne le rôle qu'on assigne à l'amour, l'affection mutuelle. Jadis, si après le mariage l'affection mutuelle n'existait plus, le devoir de la femme était de rester quand même avec son mari. Elle craignait et elle respectait son « maître ». Aujourd'hui l'Américain pense que l'affection mutuelle doit exister non seulement aux premiers moments du mariage, mais doit durer pendant tout son cours. Dans cette affection il ne doit exister aucune obligation. On n'aime plus parce qu'on a promis d'aimer, on aime sans contrainte ou bien on avoue qu'on n'aime plus.

De plus, on conçoit que la femme participe, au même titre que le mari, à la formation de l'idéal du couple. On admet qu'elle est la véritable compagne de l'homme. Ses opinions doivent être écoutées. Ses désirs doivent être pesés sur la même base que ceux du mari. Les décisions importantes ne doivent être arrêtées que si les deux époux sont également convaincus de leur utilité et de leur nécessité.

Une autre conception nouvelle et très particulière à l'Amérique, concerne le côté sexuel de la vie conjugale. Comme nous l'avons vu, le puritanisme, pendant plus de deux siècles, a été la cause de refoulement des instincts sexuels. Les plus purs, ayant « honte d'avoir un corps », reléguaient l'acte sexuel aux besoins de l'enfantement et le considéraient comme un mal, une chose

vile de sa nature. Les époux américains ne trouvaient pas dans les relations sexuelles une cause de rapprochement. Ce n'est que tout récemment outre-Océan que l'on a sorti la vie sexuelle de l'ombre de l'obscénité pour l'étudier ouvertement, pour la raffiner, pour la considérer comme saine de sa nature. Aujourd'hui, les relations sexuelles sont conçues comme un moyen de cimenter cette parfaite entente qui doit exister entre époux dans tous les autres domaines. La technique anticonceptionnelle, qu'on le veuille ou non, a joué un grand rôle dans cette matière. Débarrassés de la crainte d'une naissance non désirée, les jeunes gens font plus souvent des expériences sexuelles avant le mariage. Ainsi peuvent-ils choisir un partenaire de toute la vie en meilleure connaissance de cause. Après le mariage, la vie en commun n'est plus la cause d'une constante excitation insouviée de peur d'avoir plus d'enfants qu'on ne peut en élever convenablement. Les relations sexuelles, désormais d'une fréquence normale, n'ont qu'un effet salutaire sur le corps comme sur le cœur.

Tous ces éléments, l'égalité des époux, l'affection mutuelle persistante pendant tout le cours du mariage, la participation de la femme à la direction de la famille constituent aujourd'hui un idéal pour la plupart des Américains. Cet idéal ne va pas sans rencontrer des obstacles.

Dans beaucoup de cas la persistance d'habitudes séculaires vient empêcher le développement de la femme. Pour beaucoup de femmes le mariage représente le but unique de l'existence, la fin vers laquelle tendent tous leurs efforts. Une fois mariées, elles pensent trop souvent que la vie ne comporte pas d'autres buts à atteindre.

Bientôt le mari dépasse une telle épouse, les conjoints n'occupent plus la même position relative et le mari en vient à mépriser sa femme.

L'équilibre, si délicat à établir entre les époux, l'est encore plus après la naissance d'enfants. Auparavant, si les époux n'arrivaient pas à être heureux, le divorce était une solution facile. Désormais, ils ne seront plus les seuls intéressés. Il faudra se plier au devoir d'éducation des enfants. Le mariage, naguère libre association devient vie de famille qui est essentiellement une discipline sociale. Si « ne pas nuire à autrui » est la règle qui s'impose aux époux, le divorce devient pour eux impossible, à moins que l'intérêt de l'enfant ne le commande.

Il y a donc deux mariages distincts : le mariage stérile et le mariage fertile. On ne les a pas encore assez séparés, afin d'accorder à chacun une réglementation appropriée. On dirait que l'idéal américain du mariage a été conçu pour le couple et non pour la famille.

Du reste, comme nous l'avons vu, les membres de la famille américaine tendent toujours à se disperser. L'héritage de la race se transmet aux nouvelles générations de plus en plus par l'intermédiaire de l'école, de l'église, du milieu, et de moins en moins par l'intermédiaire de la famille. La civilisation américaine tend à faire abstraction de la famille pour se réduire à un seul élément : l'individu.

Dans ces conditions, il est probable que les relations entre époux se feront de plus en plus complexes dans l'avenir. Les gens au lieu de se contenter de ce qui suffisait au bonheur de leurs parents, deviendront de plus en plus exigeants.

Jadis, dans beaucoup de cas, deux époux restaient ensemble par habitude, par paresse même, et aucune harmonie n'existant entre eux, chacun entravait le plus grand développement de l'autre. Ils étaient comparables aux deux chèvres que le paysan irlandais attachait ensemble quand il les menait paître, en raisonnant que si l'une tirait à dia l'autre tirerait à hue, de sorte qu'ainsi elles ne pouvaient jamais s'égarer.

Aujourd'hui, par contre, les époux américains demandent une harmonie de plus en plus parfaite dans la vie conjugale. On pourrait donc s'attendre à ce que le nombre de divorces aille en augmentant.

Mais le temps n'est plus outre-Atlantique où l'on considérait la fréquence des divorces comme une indication de la faillite du mariage. Au contraire, pour l'Américain elle indique souvent que l'idéal du mariage a atteint un niveau plus élevé. Le divorce est un instrument de redistribution de gens mal mariés. Il est aussi nécessaire à la vie sociale que le battement des cartes au jeu.



Examinons maintenant le mariage américain en tant qu'institution juridique.

Nous voyons que le droit américain dans ce domaine en est au début de son évolution. Les grands principes ont encore leur base dans le *common law*, et il n'y a guère, dans quelque Etat que ce soit, une législation complète et ordonnée. L'Amérique n'a pas de goût pour la codification et en cela il est probable qu'elle ne changera que très lentement.

L'uniformité de droit entre les Etats est désirable, mais à la condition qu'elle soit précédée par l'uniformité d'idées dans la population. Une législation qui n'est pas étayée sur l'approbation populaire demeure lettre morte quand elle n'est pas nuisible.

En ce qui concerne l'uniformité des idées, on peut prévoir l'acceptation de certaines réformes dans tous les Etats, mais sur d'autres sujets cela est impossible. L'uniformité sera évidemment impossible sur le sujet de l'empêchement au mariage en raison de la différence de couleur des postulants. Le Nord permettra toujours ces mariages, le Sud les interdira, et il est probable que cette situation ne changera pas avant longtemps.

On pourrait songer à l'abrogation du mariage de *common law*. Il nous semble que l'opinion publique n'est pas encore préparée partout à une telle réforme, mais qu'elle pourra l'être avec un peu d'effort. Déjà le monde américain ne conçoit plus la nécessité de cette doctrine pour faciliter la formation de mariage. On suppose simplement qu'elle est encore utile pour sauvegarder un mariage cérémonial contre une nullité éventuelle basée sur le manque de preuves. Il faut donc, en premier lieu, faire connaître la distinction entre les formalités nécessaires pour former le lien conjugal d'un côté, et la manière de prouver un mariage déjà célébré de l'autre, et il faut, en second lieu, répandre la théorie du mariage putatif pour convaincre le public qu'il serait préférable d'abroger complètement la doctrine du mariage de *common law*.

Il est probable que des lois eugéniques vont être adoptées dans un plus grand nombre d'Etats, avec des

variantes dans les détails. Il est probable que la loi, dans un plus grand nombre d'Etats, permettra aux médecins de donner des conseils anticonceptionnels dans des cas strictement limités.

Il n'est guère possible qu'on exige en Amérique, comme on le fait en France, que le mariage soit célébré dans la circonscription où l'un des époux a son domicile ou sa résidence depuis un certain temps. L'habitude de partir se marier où l'on veut est trop enracinée pour permettre un tel changement.



Un des objets d'une étude de droit comparé est de relever dans le droit d'un peuple les matières qui seront susceptibles d'être adoptées par un autre. En examinant le droit français et le droit américain, peut-on espérer trouver dans l'un ou dans l'autre de telles matières ?

On ne le peut guère. Si l'on étudie ces deux systèmes juridiques du point de vue historique, on s'aperçoit que chacun est la résultante d'une longue évolution, que chacun ne peut guère être autre chose que ce qu'il est. Si on pouvait, comme par enchantement, faire abstraction de l'histoire, on pourrait peut-être proposer qu'on adopte en France le mariage facultativement civil ou religieux qu'on connaît en Amérique. Il est un peu étonnant, à première vue, que l'autorité civile en France ne veuille pas accepter comme valable la cérémonie de mariage de la religion catholique — religion de la majorité des Français. La double cérémonie n'est pas sans créer des inconvénients. Après la cérémonie civile, la

majorité des Français sont mariés du point de vue juridique quand ils se considèrent eux-mêmes encore célibataires. Cela ouvre une porte à des surprises, et il est arrivé parfois que le mari, dans de tels cas, refuse toute consécration religieuse par la suite. Par contre, en Amérique, la pleine homologation de la cérémonie religieuse comme valable vis-à-vis de l'autorité civile a donné complète satisfaction.

Mais proposer sérieusement l'adoption d'une telle réforme en France, c'est méconnaître toute l'histoire, toutes les luttes acerbées par lesquelles on a passé. Revivre en arrière serait ouvrir des plaies cicatrisées depuis longtemps, et il ne peut en être question.

En sens inverse, l'Amérique ne songera pas à adopter le système français de la célébration obligatoirement civile du mariage.

N'y a-t-il pas une autre chose dans le droit français que l'Amérique pourrait adopter ? Oui, à notre avis, il y en a une, à condition qu'elle soit légèrement retouchée : c'est l'application de la loi, non de la nation, mais du domicile des époux, pour déterminer la validité du mariage (1).

Il ne peut être question, à cet égard, d'adopter la loi nationale. Toute le monde en Amérique, d'une voix unanime, est contre. Mais adopter la loi du domicile est bien possible. La tradition anglaise même le commande.

Nous avons vu plus haut, en étudiant cette question, le désordre social qui résulte de l'application de la loi

(1) V. *supra* les arguments que nous vous avons présentés en faveur de l'application de la loi du domicile, p. 433.

du lieu de la cérémonie. Il permet des fraudes multiples à la loi. L'Amérique commence à s'en apercevoir, et par une adoption progressive de la loi contre la fraude en matière de mariage, il est possible qu'elle arrive — ou peu s'en faut — à l'application uniforme de la *lex domicilii*.

Enfin, nous voyons que les habitudes sociales et les conceptions juridiques sont très différentes en Amérique de ce qu'elles sont en France. En les étudiant, on est amené à les concilier et à tenter de les faire bénéficier chacune des avantages de l'autre. Mais la raison se heurte à un obstacle que seul le temps peut niveler : la différence qui existe entre des hommes ayant vécu très loin les uns des autres en s'ignorant trop. Tel rapprochement, que la pensée fait instantanément et aisément, mettrait longtemps à se réaliser en pratique.

Aussi est-il nécessaire que les deux peuples se rapprochent du point de vue social avant de se rapprocher du point de vue juridique. Seuls des hommes semblables pourront avoir des lois semblables. La loi doit être adaptée au milieu auquel elle s'applique. Tel principe, bon dans un pays, sera sans valeur dans un autre. Une disposition législative n'aura de chances de réussir que si le peuple, pour lequel cette disposition a été prise, est convaincu de sa valeur et de sa nécessité.

S'il en est ainsi, avant de chercher à rendre uniformes le droit français et le droit américain, il faut que s'accordent les conceptions sociales actuellement divergentes des deux peuples, concernant le mariage. Mais pour obtenir ce résultat, une nécessité s'impose : se connaître. Si le travail que nous achevons aujourd'hui peut contri-

buer pour une modeste part à ce but : compréhension mutuelle plus grande entre Français et Américains, nous nous considérerons comme largement récompensé.

Vu : *Le Doyen*,
E. ALLIX.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
Henri LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Table des « Cases » cités

- Anonymous, p. 294.
Antoine c. Antoine, p. 418.
Arrêt Lebaudy, p. 263.
Arno c. Arno, p. 238.
Atherton c. Atherton, p. 420.
Athridge c. Pembroke, p. 150.
Bailey c. Fiske, p. 223.
Baird c. People, p. 231.
Barney c. Cuness, p. 418.
Batty c. Green, p. 306.
Bauer c. Abrahams, p. 370.
Bergner etc. C^{ie} c. Dreyfus,
p. 339.
Blossom c. Barrett, p. 305.
Blumenthal c. Tannenholz,
p. 418.
Bowers c. Bowers, p. 296.
Brooks c. Brooks, p. 357.
Brownstein c. Bricker, p. 150.
Brush, In-re, p. 264.
Buck c. Bell, p. 206.
Burtis c. Burtis, p. 38.
C... c. C..., p. 302.
Case c. Smith, p. 150.
Cheseldine c. Brewer, p. 249.
Christlieb c. Christlieb, p. 418.
Clarahan c. Cosper, p. 150.
Clark c. Field, p. 237.
Conway c. O'Brien, p. 150,
151.
Cork c. Baker, p. 139.
Cowen c. Cowen, p. 236.
Cunningham c. Belchertown,
p. 426.
Cunningham c. Cunningham,
p. 306, 363, 418.
Davis c. Condit, p. 151.
Davis c. Whitlock, p. 294.
Derby c. Phelps, p. 140.
Devine c. Rodgers, p. 363.
Ducasse c. Ducasse, p. 225.
Dupré c. Boulard, p. 365.
Earle c. Earle, p. 363.
Eggers c. Olson, p. 365.
Entsminger c. Entsminger,
p. 302.
Fauntleroy c. Lum, p. 331.
Fernsterwald c. Burk, p. 363.
Fenton c. Reed, p. 250.
Finkelstein c. Barnett, p. 132.
Fisher c. Fisher, p. 383.
Fowler c. Fowler, p. 232.
Gabisso's Successors, p. 225.
Gall c. Gall, p. 201.
Gatto c. Gatto, p. 238.
Goodwin c. Goodwin, p. 370.

- Grandcamp c. Williason, p. 263.
 Great Northern Ry. C° c. Johnson, p. 260.
 Greenhow c. James, p. 364.
 Grover c. Zook, p. 145.
 Gunn c. Bar, p. 151.
 Gwinn c. Gwinn, p. 418.
 Haddock c. Haddock, p. 421.
 Hall c. Industrial Commission, p. 270.
 Hallett c. Collins, p. 249.
 Hansen c. Dixon, p. 132.
 Harrel c. Harrel, p. 384.
 Harriot c. Plimpton, p. 150.
 Hatch c. Hatch, p. 194.
 Haywood c. Nichols, p. 262.
 Henley c. Foster, p. 265.
 Herman c. Charlesworth, p. 130.
 Hess c. Kimble, p. 418.
 Hoardley c. Hoardley, p. 205.
 Holcroft c. Dickenson, p. 133.
 Homan c. Hall, p. 151.
 Howey c. Howey, p. 425.
 Hutton c. Mansell, p. 133.
 Jangot c. Desbois, p. 148.
 Jewel c. Jewel, p. 250.
 Jiminez c. Jiminez, p. 418.
 Jones' Estate, In re, p. 352.
 Johnson c. Hunt, p. 130.
 Johnson c. Johnson, p. 365.
 Kapigian c. Der Minassian, p. 382.
 Kennedy c. Orem, p. 225.
 Kennedy c. Order of the Moose, p. 331.
 King c. Burr, p. 130.
 Kujek c. Goldman, p. 306.
 Land's Estate, In re, p. 384.
 Lanham c. Lanham, p. 365.
 Larson c. McMillan, p. 305.
 Leefield c. Leefield, p. 363.
 Leonard c. Whetstone, p. 150.
 Lorimer c. Lorimer, p. 259.
 Lord Advocate c. Jaffrey, p. 345.
 Louisville Ry. C° c. Kimbrough, p. 350.
 Lumley c. Gye, p. 150.
 Lum Yin Ying, In re, p. 260.
 Mangue c. Mangue, p. 250.
 Marks c. Crume, p. 232.
 Maynard c. Hill, p. 37.
 McClung c. Terry, p. 232.
 McDade c. McDade, p. 419.
 Medway c. Needham, p. 363.
 Meisenhelder c. Chicago etc. Ry., p. 370.
 Meister c. Moore, p. 251.
 Miller's Estate, In re, p. 362.
 Minsky c. Satenstein, p. 150.
 Munson c. Hastings, p. 134.
 Norman c. Norman, p. 328.
 Olmstead c. Hoy, p. 132.
 Ommany, In re, p. 361.
 Oswald c. Oswald, p. 237.
 Owen c. Coffey, p. 199.
 Parkinson c. Murphy, p. 143.
 Parmelee c. Hutchins, p. 425.
 Paul, In re, p. 321.
 Pennegan c. State, p. 364.
 Pennoyer c. Neff, p. 410.
 People c. Baker, p. 372.
 People c. Goddard, p. 361.
 People c. Siems, p. 369.
 People c. Shaw, p. 371.
 People c. Woodley, p. 370.
 Peterson c. Widule, p. 208.
 Philpott c. Wallet, p. 139.

- Polydore c. Prince, p. 383.
Ranson c. Ranson, p. 425.
Regina c. Millis, p. 248.
Reynolds c. United States,
p. 290.
Roberts c. Ogdenburgh, p.
370.
Roth c. Roth, p. 426.
Royal c. Cuhady Packing C^o,
p. 383.
Rutstein c. Rutstein, p. 236.
Ryther c. Leffert, p. 151.
Salvenson, Affaire, p. 414.
Sawyer c. Sawyer, p. 419.
Schwartz c. Schwartz, p. 301.
Scott c. Sebright, p. 233.
Shafher c. The State, p. 300.
Shepler c. Chamberlain, p.
145.
Sherman c. Sherman, p. 232.
Soulareskes c. Gullett, p. 418.
Spaulding c. Spaulding, p.
425.
State c. Brown, p. 364.
State c. Kennedy, p. 365.
State c. Rosenkrans, p. 380.
State c. Ross, p. 366, 368.
State c. Sellers, p. 199.
Stretch c. Parker, p. 130.
Stull's Estate, p. 364.
Sutton c. Warren, p. 363.
Suzanna, Ex parte, p. 260.
Tallmadge, Matter of, p. 384.
Thompson c. Thompson, p.
421.
Travers c. Reinhart, p. 263.
Truiano c. Truiano, p. 236.
Turney c. Avery, p. 195.
Turner c. Meyers, p. 230.
United States ex. rel. Az-
nar c. Commissioner of Im-
migration, p. 261.
Weinberg c. Weinberg, p.
365.
Wheaton c. Peters, p. 175.
White c. Tennant, p. 341.
Wightman c. Wightman, p.
295.
Williamson c. Osenton, p.
347.
Wills c. Jalham, p. 237.
Wilson c. Burnett, p. 262.
Wilson c. Cook, p. 226.
Wurtz, In re, p. 384.
Yale c. Curtis, p. 132.
-

BIBLIOGRAPHIE

La présente table, divisée en trois parties — bibliographies, ouvrages sociologiques et ouvrages juridiques — ne contient de références qu'aux livres les plus importants, les plus indispensables. Dans le corps de l'ouvrage, nous les avons citées simplement par nom d'auteur avec l'indication de la page. Une bibliographie se rapportant plus spécialement à chacun des sujets traités est placée à la fin de chaque chapitre.

BIBLIOGRAPHIES

BOUGLÉ (C.). — *Le Guide de l'Etudiant en Sociologie*, 3^e édition, Paris, M. Rivière, 1931.

HICKS. — *Materials and Methods of Legal Research*, Rochester, N. Y., Lawyers Cooperative Publishing Co. (*Clef importante pour la littérature juridique américaine*).

HIMES (Norman E.). — *A Guide to Literature on Birth Control*, Londres, Noel Douglas, 1932.

JACOBS et ANGELL. — *A Research in the Family Law*, New-York, publié par les auteurs, Columbia University, 1930. (*La 5^e partie de ce livre contient une bibliographie complète sur la famille américaine*).

- JONES et CHIPMAN. — *Index to Legal Periodicals*, 1791-1922, 4 vol.
- KISER. — *Principles and Practice of Legal Research*, 2 vol., Brooklyn, N. Y., American Law Book C°. (*Clef du Corpus Juris*).
- RIVET (P.). — *Bibliographie Américaniste* (Périodique), Paris, Librairie Orientale et Américaine, 3, rue Sabot.
- SANGER (Margaret). — *A List of the One Hundred Selected Books on Human Relations for Lay and Professional Readers*, New-York, 17 West 16 th Steet, Margaret Sanger.
- THURSTON (Flora M.). — *A Bibliography on Family Relationships*, New-York, 60 East 42nd Street, The National Council of Parent Education, 1932. (*Bibliographie principalement sociologique de 237 pages*).
- WILLIS (Hugh E.). — *Introduction to Anglo-American Law covering briefly legal philosophy, legal history and legal bibliography*, Bloomington, Indiana, 1926.
- WINFIELD. — *Chief Sources of English Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1925.
- *A List of References on Marriage and Divorce with special reference to Uniform Legislation*, Washington, D. C. Library of Congress, 1926.
 - *Bibliography*, American Journal of Sociology, Tome 36, p. 998, 1931. (*Environ 50 titres*).
 - *How to Search for the Case in point* (Brochure), St. Paul, Minn. West Publishing C°, 1928. (*Cette brochure décrit la méthode de dépouiller*

la masse de jurisprudence américaine dans les recueils *American Digest* et *National Reporter System*).

- *Index to Legal Periodicals*, American Association of Law Libraries, 1908 à l'heure actuelle.
- *Law Books and Their Use*, 4th Edition, Rochester, N. Y., Lawyers Cooperative Publishing C°, 1927. (Ce livre de 600 pages est la clef la plus importante pour la littérature juridique anglo-saxonne).
- *References to the Child, the Family and the Court*, Washington D. C., U. S. Departement of Labor, Children's Bureau, 1933.

OUVRAGES SOCIOLOGIQUES

BOSANQUET (Helen). — *The Family*, 1915.

CALHOUM (Arthur W.). — *Social History of the American Family from Colonial Times to Present*, 4 vol., Cleveland, Ohio, The Arthur H. Clark C°, 1919.

CALVERTON (V. F.). — *The Bankruptcy of Marriage*, New-York, Macaulay, 1928.

CAZAMIAN (Madeleine). — *L'autre Amérique (La vie familiale, les mœurs domestiques et l'indépendance féminine, l'éducation)*, Paris, Champion, 1931. (Un des meilleurs livres écrits sur les mœurs américaines).

GOODSELL (W.). — *Problems of the Family*, New-York, The Century C°, 1928.

GROVES (Ernest R.) et OGBURN (William F.). — *American Marriage and Family Relationships*, New-York, H. Colt C°, 1928.

- HAMILTON (G. V.) et MACGOWEN (K.). — *What is Wrong with Marriage?* New-York, A. and C. Boni, 1929.
- HOWARD (G. E.). — *A History of Matrimonial Institutions chiefly in England and the United States with an introductory analysis of the literature and the theories of primitive marriage and the family*, 3 vol., 2nd Edition, Chicago, University of Chicago Press, 1904, et Callaghan and C°, 1924.
- LINDSEY (Ben B.) et EVANS (W.). — *The Companionate Marriage*, New-York, Boni and Liveright, 1927. (*Livre qui a bouleversé la société bourgeoise américaine*).
- MESSER (Mary B.). — *The Family in the Making*, New-York et Londres, G. P. Putnam's Sons, 1928.
- MICHAUD (Régis). — *Ce qu'il faut connaître de l'âme américaine*, Paris, Boivin et C^{ie}, 1929. (*Fruit d'un long séjour en Amérique*).
- MOWRER (Ernest R.). — *Family Disorganisation*, Chicago, University of Chicago Press, 1927.
- POPENOE (Paul B.). — *Modern Marriage*, New-York, MacMillan, 1927.
- REED (Ruth). — *The Modern Family*, New-York, Knopf, 1929.
- RICH (Margaret E.). — *Family Life Today*, New-York, Houghton-Mifflin C°, 1928.
- RICHMOND (Mary C.) et HALL (Fred S.). — *Marriage and the State*, New-York, Russell Sage Foundation, 1929. (*Livre à la fois sociologique et juridique*).
- SUMNER (William G.). — *Folkways, a study of the sociological importance of usages, manners, custo-*

mes, mores, morals, Boston, Ginn and C°, 1907.

WESTERMARCK (Edward). — *The History of Human Marriage*, Londres et New-York, MacMillan, 1894, 5th Revised Edition, 1921.

— *The Modern American Family*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, mars 1932. (25 articles sur la famille américaine par les meilleures autorités).

— *Recent Social Trends*, vol. I, New-York, McGraw Hill Book C°, 1933. (Ce grand livre écrit par des spécialistes sur la demande de l'ancien Président Hoover est une source importante des renseignements sur les tendances sociales actuelles).

PÉRIODIQUES

American Journal of Sociology.

Année Sociologique.

Revue Internationale de Sociologie.

OUVRAGES JURIDIQUES

BEALE (Joseph H.). — *Treatise on the Conflicts of Laws*, 1916.

BISHOP (J. P.). — *Marriage, Separation and Divorce*, 2 vol., Chicago, T. H. Flood and C°, 1891.

COLFAVRU (J.). — *Du mariage et du contrat de mariage en Angleterre et aux États-Unis*, 1868.

COOLEY (Roger W.). — *Cases on Persons and Domestic Relations*, 1913.

- ESMEIN (A.). — *Le mariage en droit canonique*, 2^e édition par GÉNESTAL, Paris, Sirey, 1929.
- GOODRICH (Herbert F.). — *Handbook on the Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing C^o, 1927.
- GRANT (Robert). — *Law and the Family*, 1919.
- HOLDSWORTH (William). — *History of English Law*, 9 vol.
- JACOBS (Albert C.). — *Cases on Domestic Relations*, Chicago, The Foundation Press Inc. (*Le meilleur « case book » sur le sujet*).
- KALES (Albert M.). — *Cases on Persons and Domestic Relations*, 1911.
- KEEZER (Frank H.). — *A Treatise on the Law of Marriage and Divorce*, 2^e Edition, Indianapolis, Indiana, The Bobbs-Merrill C^o, 1923.
- KOEGEL (Otto E.). — *Common Law Marriage and its Development in the United States*, Washington, J. Burne and C^o, 1922.
- LONG (Joseph R.). — *A Treatise on the Law of Domestic Relations*, 3^e Edition, 1923.
- MADDEN (Joseph W.). — *Handbook of the Law of Persons and Domestic Relations*, St. Paul, West Publishing C^o, 1931.
- MADDEN (Joseph W.). — *Cases on Domestic Relations*, St. Paul, Minn., West Publishing C^o, 1928.
- MAY (Geoffrey). — *Marriage Laws and Decisions in the United States*; a manuel, New-York, Russell Sage Foundation, 1929.
- MCCURDY (William E.). — *Cases on Domestic Relations*, Chicago, Callaghan and C^o, 1928.

PECK (E.). — *Domestic Relations*, Chicago, Callaghan and C°, 1930.

POLLOCK et MAITLAND. — *History of English Law*, 2 vol.

SCHOULER (James). — *A Treatise of the Law of Marriage, Divorce and Separation and Domestic Relations*, 3 vol., 6^e Edition, Albany, N. Y., Mather Bender and C°, 1921.

TIFFANY (Walter C.). — *Persons and Domestic Relations*, 3^e Edition par COOLEY, St. Paul, West Publishing C°, 1921.

VERNIER (Chester G.). — *American Family Laws*, vol. I. *Introductory Survey and Marriage*, Stanford University, Calif., Stanford University Press. 1931-1932. (Ce livre s'occupe plus spécialement des lois et moins de la jurisprudence que les autres livres).

WIGNY. — *Essai sur le droit international privé américain*, Paris, Sirey, 1932.

WOODRUFF (Edwin H.). — *Cases on Domestic Relations and the Law of Persons*, 3^e Edition. 1929.

ENCYCLOPÉDIES

Corpus Juris, Brooklyn N. Y., American Law Book C°.

Ruling Case Law, Rochester, N. Y., Lawyer's Cooperative Publishing C°.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PLAN DE L'OUVRAGE	3
EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS	7
INTRODUCTION	11

Le sujet, p. 11 ; — Sa limitation, p. 12 ; — Intérêt du sujet, p. 17 ; — Difficulté d'une étude de droit américain, p. 18 ; — Nécessité d'une étude comparative, p. 21 ; — Difficulté d'une étude comparative, p. 22 ; — Plan, p. 24.

PREMIERE PARTIE. — LE MARIAGE. — INSTITUTION SOCIALE	27
<i>Définition et Généralités</i> , ...	27

CHAPITRE I. — <i>La conception du mariage pendant la période coloniale</i>	31
--	----

Eléments économiques, p. 31 ; — Eléments religieux, p. 34 ; — Tendance vers le relâchement des mœurs, p. 39 ; — Changement de la situation de la femme, p. 40 ; — Immigration d'origines diverses, p. 41 ; — Unions entre les différentes races, p. 42 ; — Influence de la vie commerciale et du contact avec la ville, p. 43 ; — Résumé, p. 44.

CHAPITRE II. — *Evolution de la conception de mariage depuis l'indépendance américaine jusqu'aux temps modernes* 46

Rôles qu'a joués l'ancienne famille, p. 46 ; — Changement dans ces rôles sous l'influence de l'industrialisation du pays, p. 49 ; — L'influence du système d'éducation américain, p. 52 ; — L'influence du mouvement romantique, p. 55 ; — L'influence des idées démocratiques sur l'autorité paternelle, p. 57 ; — Différence entre l'évolution sociale dans l'Ouest et dans l'Est, p. 58.

CHAPITRE III. — *Le mariage aux temps modernes* 62

Complexité ethnique de la population, p. 62 ; — Apport des éléments divers de la population sur la conception du mariage, p. 68 ; — Influence de la religion, p. 69 ; — Influence du mouvement en faveur du divorce, p. 74 ; — Causes des mariages mal assortis, p. 80 ; — L'urbanisation, p. 81 ; — L'émancipation de la femme, p. 85 ; — L'individualisme, p. 89 ; — Attitudes changeantes concernant la morale sexuelle, p. 90 ; — Le contrôle des naissances, p. 92 ; — Le « conseiller en mariage », p. 99 ; — Résumé, p. 105.

DEUXIEME PARTIE. — LES FIANÇAILLES 115

CHAPITRE I. — *Les fiançailles. — Institution sociale* 116

Différence entre la manière de faire la cour en France et en Amérique, p. 116 ;

— Caractère des fiançailles en France, p. 121 ; — Caractère des fiançailles en Amérique, p. 124.

CHAPITRE II. — *Les fiançailles. — Institution juridique* 128

Les fiançailles en droit français, p. 128 ;
— Les fiançailles en droit américain ;
Théorie classique — elles sont un contrat, p. 130 ; — La théorie générale de la preuve en droit américain, p. 134 ; — Application de cette théorie aux fiançailles, p. 136 ; — Cas de preuve écrite, p. 138 ; — Effet des fiançailles entre les parties ; Doctrine de la « rupture anticipée », p. 140 ; — Faits constitutifs de la rupture, p. 142 ; — Défenses à l'action pour rupture, p. 143 ; — Evaluation des dommages-intérêts, p. 146 ; — Effets des fiançailles quant aux tiers, p. 149.

CHAPITRE III. — *Appréciation du système américain des fiançailles* 155

Rapport entre le droit et les mœurs, p. 155 ; — Critique du système hybride américain ; Analyse de la théorie contractuelle, p. 157 ; — Conception sociale des fiançailles, p. 158 ; — Critique du système américain d'évaluation des dommages-intérêts, p. 160.

TROISIÈME PARTIE. — LE MARIAGE. — INSTITUTION JURIDIQUE 165

Introduction 166

CHAPITRE I. — *Cadre dans lequel se meut le mariage. — Institution juridique.....* 166

Pouvoirs respectifs du gouvernement fédéral et des gouvernements des Etats, p. 166 ; — Juridictions respectives des tribunaux fédéraux et des tribunaux des Etats, p. 168 ; — Caractères généraux du droit anglais, p. 170 ; — Distinction entre *law* et *equity*, p. 171 ; — Législation anglaise antérieure à 1776, p. 172 ; — Influence du droit romain sur le droit anglais, p. 172 ; — Influence du droit canonique sur le droit anglais, p. 173 ; — Evolution du *common law* en Amérique, p. 174 ; — Influence du droit civil sur le droit américain, p. 176 ; — Influence du droit canon sur le droit américain, p. 177 ; — Principe de *stare decisis*, p. 178 ; — Le droit américain est peu connu des profanes, p. 179.

CHAPITRE II. — *La nature juridique du mariage* 184

Controverse pour savoir si le mariage est un contrat, p. 184 ; — Distinction entre deux sens du mot mariage, p. 186 ; — Définition du contrat, p. 187 ; — Conclusion, p. 188.

TITRE PREMIER. — *Conditions d'existence du mariage* 193

CHAPITRE I. — *Empêchements absolus....* 193

Identité de sexe, p. 193 ; — L'impuissance, p. 194 ; — L'âge, p. 196 ; — Bigamie, p. 200 ; — Délai de viduité,

p. 203 ; — L'aliénation mentale, p. 203 ;
— Les maladies, p. 207 ; — Le certi-
ficat pré-nuptial, p. 207.

CHAPITRE II. — *Empêchements relatifs*..... 215

Entre parents en droit canon et en
droit anglais, p. 215 ; — Entre parents
en droit américain, p. 216 ; — Entre
alliés, p. 217 ; — Critique du droit amé-
ricain sur l'alliance, p. 219 ; — Entre
personnes de race différente, p. 222 ; —
Empêchements concernant les divorcés,
p. 225.

CHAPITRE III. — *Consentement des époux*.. 229

Consentement éclairé, p. 229 ; — Con-
sentement mutuel, p. 230 ; — Caractère
subjectif ou objectif du consentement,
p. 231 ; — Vices du consentement ; Vio-
lence-« duress », p. 232 ; — Erreur,
p. 235 ; — Dol, p. 235 ; — Critique du
droit américain concernant le dol, p. 238.

CHAPITRE IV. — *Consentement des parents*. 241

Importance de ce sujet, p. 241 ; —
Indifférence des Américains pour ce
sujet, p. 242 ; — Législation, p. 243 ; —
Personnes de qui le consentement est
requis, p. 243 ; — Forme du consente-
ment, p. 244.

TITRE DEUXIEME. — *La célébration du mariage* 247

CHAPITRE I. — *Le mariage-contrat dit de « Common Law »*..... 247

Le mariage en droit canon avant le
Concile de Trente, p. 247 ; — Sa récep-

tion par le *common law*, p. 248 ; — Sa réception en Amérique, p. 248 ; — Sa dissolution par l'entrée en religion impossible, p. 254 ; — Sa formation *per verba de præsenti* ou *per verba de futuro cum copula*, p. 254 ; — Rôle que peut jouer la *copula*, p. 256 ; — Sa formation seulement par consentement présent, p. 257 ; — Mode de célébration, p. 260 ; — Utilité du mariage de *common law*, p. 261 ; — Conception populaire du mariage de *common law*, p. 263 ; — Critique, p. 264.

CHAPITRE II. — *Le mariage cérémonial.* —

Législation 269

Le système de licence de mariage, p. 269 ; — Procédure suivie pour se marier, p. 271 ; — Alternatives à la licence, p. 272 ; — Délais, p. 272 ; — La mise en œuvre du système de licence, p. 273 ; — Le lieu de la cérémonie, p. 280 ; — Qui peut célébrer le mariage ? p. 281 ; — Forme de la cérémonie, p. 281 ; — Témoins, p. 283 ; — Enregistrement du mariage, p. 283 ; — Responsabilité du célébrant, p. 283 ; — Proposition d'un amendement à la Constitution fédérale pour permettre d'uniformiser les lois sur le mariage, p. 286.

TITRE TROISIEME. — *Sanctions* 289

CHAPITRE UNIQUE. — *Sanctions* 289

Sanctions pénales infligées aux époux, p. 289 ; — Sanctions pénales infligées aux tiers, p. 292 ; — Sanctions civiles ; Dis-

inction entre les mariages qui ne sont annulables que par les tribunaux et les mariages nuls de plein droit ou annulables par les parties, p. 292 ; — Mariages qui ne sont annulables que par les tribunaux, p. 297 ; — Mariages nuls de plein droit, p. 299 ; — Mariages annulables par les parties ; Mariages des personnes entre l'âge de 7 ans et l'âge de puberté, p. 299 ; — Critique de l'annulation par les parties dans ce cas, p. 300 ; — Mariages dans lesquels le consentement a été vicié, p. 301 ; — Critique de l'annulation par les parties dans ce cas, p. 302 ; — Effets de la nullité, p. 303 ; — Action en dommages-intérêts contre l'époux coupable de dol, p. 305 ; — La même action contre un tiers, p. 306 ; — Sanction insuffisante dans le cas de mariage des mineurs sans le consentement des parents, p. 306.

QUATRIÈME PARTIE. — CONFLIT DES LOIS.... 311

CHAPITRE I. — *Questions préliminaires*..... 313

Difficultés du sujet pour le juriste français, p. 313 ; — La littérature du sujet, p. 315 ; — Caractère national ou international des règles du conflit des lois, p. 317 ; — Importance de la coutume internationale, p. 318. — Importance des conventions internationales, p. 322 ; — Caractère international ou interprovincial des règles du conflit des lois, p. 326.

CHAPITRE II. — *Le domicile*..... 336

Rôle de la notion du domicile dans le droit américain, p. 336 ; — Loi applicable à la détermination de domicile,

p. 337 ; — Définition du domicile, p. 338 ; — Domicile d'origine, p. 339 ; — Domicile de choix, p. 340 ; — L'élément de fait, p. 341 ; — L'élément intentionnel, p. 342 ; — Domicile de dépendance ; Domicile de la femme mariée, p. 345 ; — Domicile des enfants, p. 349 ; — Domicile des aliénés, p. 350 ; — Le rejet en Amérique de la doctrine anglaise dite de « revival », p. 351.

CHAPITRE III. — *Conflits de compétence législative*

354

Habitudes du peuple américain quant au lieu de la cérémonie de mariage, p. 354 ; — Définition des termes, p. 356 ; — Historique, p. 356 ; — Loi applicable pour déterminer la forme du mariage, p. 357 ; — Confusion du droit américain quant à la loi applicable au fond, p. 358 ; — Le droit positif, devant un tribunal de l'Etat de la célébration du mariage, p. 360 ; — Devant un tribunal du domicile, p. 362 ; — Devant un tribunal d'un troisième Etat, p. 369 ; — Justification de la compétence de la loi du domicile, p. 371 ; — La loi du domicile doit s'appliquer aux règles du fond mais non aux règles de forme, p. 374 ; — Influence de la clause constitutionnelle dite de pleine foi et créance sur la reconnaissance par un Etat des « archives » d'une autre Etat, p. 376 ; — Conflit entre la loi d'un Etat et la loi d'un pays étranger, p. 382 ; — Mariage en haute mer, p. 383 ; — La question du renvoi, p. 384 ; — La loi compétente pour régir la formation des fiançailles, p. 387 ; — Quant à la forme, p. 388 ; — Quant au fond, p. 390 ; —

La loi compétente pour régir l'exécution des fiançailles et le calcul des dommages-intérêts en cas de rupture, p. 398.

CHAPITRE IV. — *Conflits de compétence juridictionnelle* 407

Limites du sujet traité dans ce chapitre, p. 407 ; — Principe qui exige que le défendeur soit averti de l'action et qu'il ait eu la possibilité de se défendre, p. 408 ; — Compétence pour les actions réelles, p. 409 ; — Compétence pour les actions personnelles, p. 410 ; — Caractère réel ou personnel des actions ayant pour but d'établir la validité du mariage ou de l'annuler, p. 412 ; — Compétence pour annuler un mariage, les deux écoles, p. 413 ; — Justification de la compétence des tribunaux de domicile, p. 416 ; — La jurisprudence, p. 418 ; — Solution préconisée dans le cas de domiciles séparés du mari et de la femme, p. 419.

CHAPITRE V. — *Critique* 429

Intérêt des comparaisons entre le droit américain et le droit français dans la matière du conflit des lois, p. 429 ; — Justification de l'application de la loi de domicile à l'encontre de la loi nationale, p. 433.

CONCLUSION 443

Le mariage : institution sociale, p. 443 ; — Le mariage : institution juridique, p. 450 ; — Réformes possibles, p. 452.

TABLE DES « CASES » CITÉS..... 457

BIBLIOGRAPHIE 461

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES..... 469

ERRATA

Page 33, note 2, 1^{re} ligne, *pour des lire* de.

Page 43, 18^e ligne, *pour voir lire* voire.

Page 95, 3^e ligne des notes, *pour p.* lire p. 166.

IMPRIMERIE A. OLIVIER (M. CARON, DIRECTEUR)

34, RUE DEMOULOMBE, CAEN.

